Unabdingbarkeit und Erlaßvertrag

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Walter Seelig

Referendar in Berlin

Breslau

1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Rosenstock-Hüssy

Meinen lieben Eltern!

Inhalt.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Badische Gerichtspraxis, Karlsruhe, Annalen d. Badischen Gerichte, (herausgeg. v. Lutz u. Strauß), 90. Jahrgang, 1925.

Blätter für Arbeitsrecht, ständige Beilage zur Deutschen Arbeitgeberzeitung, 1. Jahrgang.

Bühler Arbeitsrecht, 1. Teil: Oeffentlichrechtliche Grundlagen, Berlin 1926.

Busch u. a., Das Bürgerliche Gesetzbuch, Reichsgerichtsräte-Kommentar, 1. Band, 4. Aufl., Berlin 1922.

Caspers Erlaß und Verzicht, Straßburg 1904.

Das Schlichtungswesen, Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse im Deutschen Reiche. 3./4. Jahrgang, Stuttgart.

Das Schlichtungswesen, Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse in Bayern, Württemberg, Baden, Hessen. 3./5. Jahrg., Stuttgart 1921/23.

du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 42, Heft 3), Berlin 1916.

Dechant, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts, Wien 1923.

Dersch, Flatow, Hueck, Nipperdey, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Bd. I, Mannheim 1926.

Dersch, Kaskel, Sitzler u. Syrup, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Mannheim 1921/1926.

Deutsche Juristen-Zeitung, 30. Jahrg., Berlin 1925.

Elster, Lexikon des Arbeitsrechts, Jena 1910.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrgang des bürgerlichen Rechts, 18. bis 22. Aufl., Marburg 1923.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.

Erdel, Das Arbeitsrecht, 1. Teil, 1923, in Glöckners Handelbücherei, Bd. 88, Leipzig.

Feig-Sitzler, Arbeitsrechtliche Gesetze und Verordnungen des Reiches, Berlin 1924.

v. Flatov, Gerstel Hueck, Nipperdey, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Bensheimer, Berlin 1927.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- u. Kaufmannsgerichte E.V., 26.—30. Jahrgang, 1921—1925.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht, „Das Arbeitsrecht", Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte E.V., 31. Jahrg., Berlin 1926.

Giesberts-Sitzler, Verordnung über Tarifverträge, 5. Aufl., Berlin 1920.

v. Gierke, Handbuch der Rechtswissenschaft, 3. Bd., Leipzig.

Goerrig, Das Arbeitsrecht im neuen Deutschland:

I. Buch: Die Rechte des Arbeiters im neuen Deutschland, Bonn 1919.

II. Buch: Die Rechte des Arbeitgebers im neuen Deutschland, Bonn 1920.

Groh, Deutsches Arbeitsrecht, Breslau 1924.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 47. Jahrgang, Berlin 1903.

Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrage, 4. Aufl., Mannheim 1924.

Hoeniger-Schultz-Wehrle, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band I—V, Mannheim 1919—1925.

Hueck, Das Arbeitsvertragsrecht, Stuttgart 1922.

—, Das Tarifrecht, Stuttgart 1922.

—, Die Quellen und Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Stuttgart 1922.

—, Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, Stuttgart 1921.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Jadesohn, Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands, Bd. I—II, Breslau 1923—1924.

Juristische Wochenschrift, Jahrgänge 1919, 1923, 1926, Leipzig.

Kallee, Kartenauskunftei des Arbeitsrechts, Stuttgart 1920.

Kallee-Groß, Taschenbuch des Arbeitsrechts, 1. Aufl. 1925.

Kaskel, Arbeitsrecht, Berlin 1925.

—, Hauptfragen des Tarifrechts, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge II. Berlin 1927.

Katz, Lücken im Arbeitsvertrage, Mannheim 1922.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, Berlin, 18. Jahrg.

Levy, Die Möglichkeit des einseitigen Verzichts im B.G.B., Heidelberger Dissertation 1912.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, I. u. II. Bd., 1902 u. 1908.

Matthaei, Grundriß des Arbeitsrechts, Mannheim 1923.

Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, zu seiner Neuordnung, Berlin 1923.
Mitteilungsblatt des Schlichtungsausschusses Groß-Berlin.
Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, Leipzig 1925.
Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag, Berlin 1925.
Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim 1924.
Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.
v. Philippowich, Grundriß der politischen Oekonomie, 12. Auflage, Tübingen 1918.
Plank-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1914.
Potthoff „Arbeitsrecht“, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, Stuttgart—München 1920—1926.
—, Wörterbuch des Arbeitsrechts, Stuttgart 1920.
Predari u. a., Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 4. Jahrg., 2. Heft, Berlin 1924.
Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
Rosenstock: Vom Industrierecht, Rechtssystematische Fragen, Berlin 1926.
Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, Tübingen 1905.
Rundstein, Tarifrechtliche Streitfragen, Tübingen 1907.
v. Schultz, Tarifverträge, Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, 4. Aufl., Berlin 1920.
Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, Berlin 1926
Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 2. Bd., Leipzig 1907/08.
—, Arbeitstarifgesetz 1916.
—, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927.
Sitzler, Tarifvertragsrecht, 2. Bd., Berlin 1921.
Sombard, Sozialismus und soziale Bewegung, Berlin 1918.
Staub-Bondi, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Teil, §§ 1—104. 12.—13. Aufl., Berlin—Leipzig 1926.
Soziale Praxis, Verlag Fischer, Jena, XV. Jahrgang.
Syrup-Weigert, Bücherei des Arbeitsrechts, X. Bd., der Arbeitslohn von Oertmann, Berlin 1921.
—, Bücherei des Arbeitsrechts, II. Bd.: Die Kündigung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten, von Billerbeck, Berlin 1921.
Tewes, Der Tarifvertrag und Dienstvertrag des Privatbeamten, Essen.
Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages.

Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912.

Wehrle, Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht, Mannheim 1925.

Weigert, Arbeitsrecht und Arbeiterschutz, (Die sozialpolitische Gesetzgebung des Reiches nach dem Stande vom August 1924), 4. Aufl., Berlin 1924.

Wölbling, Der Akkord- und Tarifvertag, Berlin 1908.

Wolf, Zeitschrift für Sozialwissenschaft, X. Jahrg., 1907, Heft 1, Leipzig.

Zeitler, Die rechtliche Natur des Arbeitstarifvertrages, München 1908.

Das Jahr 1869 ist ein Markstein in der wirtschaftlichen Entwicklung Deutschlands. Wurde doch in diesem Jahre die deutsche Gewerbeordnung geschaffen! Der Liberalismus, der bisher nur im politischen Leben eine große Rolle spielte, fand damit auch im Herzen der deutschen Wirtschaft Eingang. Die Deutsche Wirtschaft sollte von nun an sich auf der Gewerbe- und Vertragsfreiheit aufbauen. Früher war bereits die Gewerbefreiheit einmal durch eine Geschäftsinstruktion für die Regierungen in Preußen vom 26. Dezember 1808 prinzipiell anerkannt worden. Da jedoch das Wirtschaftsleben hierfür noch nicht reif war, schränkten die Gewerbeordnungen vom 17. Juni 1845 und vom 9. Februar 1849 die Vertragsfreiheit wieder ein. Den Innungen wurden wieder verwaltungsrechtliche Befugnisse verliehen, die Meisterprüfung wurde wieder als Befähigungsnachweis eingeführt. So stand die Vertragsfreiheit nur auf dem Papier! Ihre Verwirklichung auch in der Praxis brachte uns das Jahr 1869. Denn nun fand die persönliche Freiheit und damit auch die Vertragsfreiheit die staatliche Anerkennung.[1] Dies zeigt sich z. B. darin, daß die Innungen ihrer verwaltungsrechtlichen Befugnisse wieder verlustig gingen. Der Zustand, den die Gewerbeordnung geschaffen hatte, konnte aber nicht bestehen bleiben. Die großen Fortschritte auf dem Gebiet der Technik und der Chemie beeinflußten naturgemäß den weiteren Aufbau und die Gestaltung des Wirtschaftskörpers. Hierfür legen rein äußerlich die vielen Nachträge und Novellen, die im Anschluß an die Gewerbeordnung geschaffen wurden, Zeugnis ab.[2] In diese Zeit der wirtschaftlichen Fortentwicklung fällt auch die Entstehung des Tarifvertrages, eines neuen Rechtsinstitutes, das bisher noch keine gesetzliche Regelung gefunden hatte. Der Grund für sein Entstehen liegt zweifellos in der modernen Wirtschaftsbewegung; infolgedessen fehlt ihm auch eine eigene geschichtliche Vergangenheit. Er, dem man gleichsam als einen Dachvertrag, der viele Arbeitsverträge unter sich zusammenschließt, bezeichnen kann, hat teilweise dieselbe Geschichte wie der Arbeitsvertrag, da dieser ja die Voraussetzung für den Tarifvertrag bildet.

1) Philippowich a. a. O. Bd. II, Teil 1, S. 157.

2) Ges. v. 18. 7. 81, 1. 7 . 83, 26. 7. 97 (Novelle über Handwerksorganisation, Lehrlingswesen, Zwangsinnungen).

Sowohl im römischen Recht, wie auch im deutschen Recht, war der Arbeiter beim Abschluß des Arbeitsvertrages unfrei. Eine Aenderung hierin trat erst durch die französische Revolution ein. Ihre freiheitlichen Ideen gingen auch an der Gestalt des Arbeitsvertrages nicht spurlos vorüber. Von diesem Zeitpunkte an finden wir den Grundsatz der Vertragsfreiheit, der bis zum heutigen Tage bestehen geblieben ist. Er fand dann seine gesetzliche Regelung und Anerkennung zuerst im § 105 der Gewerbe-Ordnung von 1869 und mit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Recht der Schuldverhältnisse. Der gewerbliche Arbeitsvertrag, bei welchem sich Leistung von Arbeit auf der einen Seite und Entgelt auf der anderen Seite, — Lotmar[3] spricht von dem gegenseitigen obligatorischen Vertrage —, gegenüberstehen, hat im Gegensatz zum Arbeitsvertrage im weiteren Sinne als da sind der Dienst- und Werkvertrag, die Auslobung, der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag keine gesetzliche Regelung gefunden, weder im B.G.B. noch in irgendeinem Gesetze. Infolgedessen sind die Vertragsparteien eines gewerblichen Arbeitsvertrages in der Zwangslage, die Vorschriften des Dienst- oder Werkvertrages analog anwenden zu müssen.

Während nun im Anfang die Arbeitgeber und Arbeitnehmer freie Vereinbarungen treffen konnten, — eine Erfüllung des Rufes nach der Freiheit des einzelnen Individuums —, änderte sich dieser Zustand mit der Vervollkommnung der Fabrikation und der Maschinen ganz erheblich. Bisher vertrat das Handwerk die Produktion, jetzt aber verlor es seine vorherrschende Stellung, während der Fabrikbetrieb mit seinen Maschinen und den die Maschinen bedienenden Menschen sich immer mehr ausdehnte, wie Sombart[4] sagt, erfolgt die Gütererzeugung nicht mehr durch Arbeiter, die zugleich auch Eigentümer der Produktionsmittel sind, d. h. den Handwerkern, sondern durch die beiden getrennten Gruppen, die Unternehmer als Eigentümer der Produktionsmittel auf der einen Seite, und die Arbeiter auf der anderen Seite. Diese Entwicklung zeitigte ein Anwachsen des Kapitals und damit ein Zunehmen des Uebergewichts der Unternehmer über die Arbeiter. Am meisten trat dies bei dem Abschluß der Arbeitsverträge in Erscheinung: Dem Unternehmer in seiner wirtschaftlichen Vollmachtstellung steht ein Ueberangebot an „Ware Arbeit" zur Verfügung, sodaß er ganz nach Belieben den Preis für diese Ware beeinflussen kann. Demgegenüber bleibt dem schwachen Arbeitnehmer, der zumeist vermö-

---

3) Lothmar a. a. O. I, 32.
4) Sombart a. a. O., S. 5 ff.

genslos ist, weiter nichts übrig, als entweder die ihm gebotenen Arbeitsbedingungen abzulehnen und den Posten einem anderen, ihn unterbietenden Kollegen zu überlassen, oder aber sich den Bedingungen des Arbeitgebers zu unterwerfen, ohne Rücksicht darauf, ob sie seinen Lebensbedürfnissen angepaßt sind, nur um nicht ganz brotlos zu sein. Es liegt auf der Hand, daß dieser Zustand mit der Zeit und der Zunahme der Bevölkerung unhaltbar werden mußte, denn nur allzu häufig stand das, was dem Arbeitnehmer für die Leistung seiner Arbeit bezahlt wurde, weit unter dem Satz, der das Minumum des Lebensunterhaltes ausmachte. Da der Staat sich nicht entschließen konnte, dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten, half sich die Arbeitnehmerschaft selbst durch Bildung von sogenannten Arbeiterkoalitionen,[5] worunter Vereinigungen zu verstehen sind, deren Ziel die Verbesserung der Arbeitsbedingungen bildet. Diese hatten ihre gesetzliche Grundlage in dem § 152 der Gewerbe-Ordnung. Allerdings war das Koalitionsrecht insofern beschränkt, als es durch den zweiten Absatz des genannten Paragraphen zu einem klaglosen Rechte degradiert wurde. Ueber die rechtliche Natur der Koalition soll an dieser Stelle nicht gesprochen werden, vielmehr nur von ihrer Aufgabe: Die Koalition will die Arbeitnehmermassen zusammenfassen, um dadurch die wirtschaftliche Stellung des einzelnen Arbeiters zu seinem Unternehmer zu stärken, in erster Linie ihm d e n Lohn zu sichern, den er zum Lebensunterhalt gebraucht, und der seiner Leistung entspricht. Außer durch Streik, Boykott und andere Kampfmittel wollten die Koalitionen in friedlicher Weise ihr Ziel dadurch erreichen, daß sie auf den Abschluß von Kollektivverträgen drängten. In diesen Verträgen sollten die Arbeitsbedingungen für alle diejenigen Arbeitsverträge festgelegt werden, die zwischen einem oder gar mehreren Arbeitgebern mit ihren Arbeitnehmern geschlossen würden. Durch diese Vereinheitlichung wurde die oben erwähnte Möglichkeit, daß die Arbeitnehmer sich gegenseitig unterboten, ausgeschaltet. Während dem Arbeitgeber auf der anderen Seite nichts weiter übrig blieb, als angemessenen Lohn zu zahlen, oder seinen Betrieb infolge Arbeitsniederlegung ganz ruhen lassen zu müssen. Durch den Abschluß solcher Kollektivverträge wurde also das immer stärker gewordene Uebergewicht des Unternehmers auf das Maß zurückgeschraubt, das dem Arbeitnehmer es gestattete, wieder seine persönliche Freiheit, auf die er durch den wirtschaflichen Kampf um das Dasein hatte verzichten müssen, zurückzugewinnen. Bei näherer Betrachtung stellt

5) Vgl. zur Geschichte der Koalitionen Rosenstock a. a. O. S. 90.

sich dieser Sieg jedoch als Pyrrhus-Sieg heraus: Durch den Eintritt in eine Koalition muß sich der Arbeitnehmer dieser und ihrem Gemeinschaftswillen unter Aufgabe seiner persönlichen Entschlußfreiheit unterwerfen. In dieser Vereinigung ist er nur kleinster Teil eines Ganzen, beinahe eine Nummer, dessen eigener Wille zum Absterben verurteilt ist. Durch diese Hingabe der persönlichen Vertragsfreiheit ist aber die Vertragsfreiheit einer Gemeinschaft neu entstanden. Auf jeden Fall aber ist der praktische Erfolg des Abschlusses solcher Kollektiv- oder Tarifverträge, wie sie auch benannt werden, ein großer. Der einzelne Arbeiter ist von der Not und der Zwangslage befreit, und die Allgemeinheit braucht nicht dauernd wirtschaftliche Kämpfe zu befürchten, die große Schädigungen für die Volkswirtschaft mit sich bringen, denn die Tarifverträge sichern ja in hohem Maße den Bestand des Wirtschaftsfriedens, Bei dieser so überaus großen Wichtigkeit der Tarifverträge muß es eigentlich wundernehmen, wie spät sich die Rechtswissenschaft und insbesondere die gesetzgebenden Körperschaften mit diesem neuen Vertragstypus befaßt haben.

Erfolgte doch die erste gesetzliche Regelung der Tarifverträge erst durch die Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. Dezember 1918. Diese, vom Rat der Volksbeauftragten erlassene Verordnung erlangte endgültige Rechtswirksamkeit durch das Uebergangsgesetz vom 4. März 1919, wonach alle vom Rat der Volksbeauftragten erlassenen und verkündeten Verordnungen in Kraft bleiben. Die Literatur und Rechtsprechung hat sich aber im Gegensatz zum Gesetzgeber schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit dem ebenso wichtigen, wie bisher im deutschen Rechtsleben einzigartigen Rechtsinstitut befaßt. Lotmar verdanken wir die ersten Forschungen auf diesem Gebiete, die er in einem umfassenden Werke im Jahre 1902 der Oeffentlichkeit übergab. Doch hatten weder Lotmar's Anregungen noch die anderer Rechtsgelehrter, eine gesetzliche Regelung zu treffen, irgendwelchen Erfolg. Dies ist umso erstaunlicher, als sich allgemein die Erkenntnis durchgerungen hatte, daß der Tarifvertrag in seiner Eigenart nicht unter die Normen des Privatrechts, das ja mehr den individualistischen Standpunkt verkörpert, während der Tarifvertrag nach obigen Ausführungen die Verkörperung des kollektivistischen Gedankens darstellt, eingeordnet werden kann. Zimmermann[6] sagte diesbezüglich mit Recht, „daß nur eine befriedigende gesetzliche Regelung des Tarifvertrages der immer fühlbarer und

6) Soziale Praxis, XV, S. 1266.

verhängnisvoller werdenden Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete ein Ende machen und damit die soziale Wohlfahrt von Hunderttausenden deutschen Arbeitern umfrieden könne." Die Rechtsunsicherheit, von der Zimmermann hier spricht, wurde noch erheblich durch die Stellungnahme des Reichsgerichts zum Tarifvertrage gestärkt. Sie ist geradezu als feindlich zu bezeichnen. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 30. 4. 1903 dahin erkannt,[7] daß der Tarifvertrag als eine Koalition im Sinne des § 152 Gew.O. anzusehen und ihm daher jede Rechtswirksamkeit abzusprechen sei. Später allerdings[8] hat das Reichsgericht seinen Standpunkt geändert und seine frühere Auffassung, daß jeder Tarifvertrag eine unter § 152 Gew.O. fallende Verabredung sei, nicht für begründet erklärt. Es liegt auf der Hand, wie wenig günstig die erste Entscheidung, die doch immerhin sieben Jahre bestand, für die Entwicklung eines so wichtigen Rechtsinstitutes ist, wie es doch der Tarifvertrag darstellt. Dieser Empfindung gibt Zimmermann dahingehend Ausdruck, daß der Tarifvertrag als Rechtsgebilde völlig in der Luft schwebe, da der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte die Eigenart des Rechtsproblems, das im Tarifvertrag steckt, anscheinend völlig verschlossen geblieben sei. Seine Ausführungen hierüber schließen mit den Worten: „Eine deutsche Rechtsprechung, deren Ruhm es ist, daß sie im engsten Bunde mit der Rechtswissenschaft den Geist der Rechtspflege nicht nur rein und lauter zu wahren, sondern auch immer feiner und tiefer zu gestalten, strebt, hat gegenüber dieser spezialrechtlichen Neuregelung des Tarifvertrages eine Ehrenpflicht einzulösen." Doch diese Worte sind nicht ungehört verklungen: Vor dem Forum des 29. deutschen Juristentages im Jahre 1909 wurde der Tarifvertrag ausführlich behandelt. Im Verlaufe dieser Tagung hielt auch Otto von Gierke ein Referat über den Tarifvertrag, das mit den Worten schloß: „Es soll ihr Recht werden, diesen Tarifverträgen, die nach meiner Ueberzeugung das wesentlichste Mittel für die zukünftige Herstellung des sozialen Friedens sind.[9]

Trotz dieses Mahnrufes und trotz der vielfachen Anregungen aus den Kreisen der Rechtsgelehrten, wie insbesondere Sinzheimers, ließ die gesetzliche Regelung auf sich warten, bis sie dann, allerdings in einer völlig veränderten Wirtschaftslage, durch die Verordnung vom 23. Dezember 1918 durch eine provisorische Regierung getroffen wurde.

---

7) R.G. Strafsachen 36, 236.
8) R.G. Zivilsachen 73, 92.
9) Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages 1909, Bd. 5.

Bevor wir nun auf die Verordnung selbst eingehen, erscheint es angebracht, kurz auf den Tarifvertrag, seinen Zweck, seine rechtliche Natur und seinen Inhalt einzugehen:

„Jeder Tarifvertrag muß Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen enthalten!“ Diese grundsätzliche Lehre hat als erster Lotmar[1] herausgearbeitet. Sinzheimer, „Der korporative Arbeitsvertrag“[2] bezeichnet den Tarifvertrag als „korporativen Arbeitsnormenvertrag“. Dieses Wort ist treffender als der Ausdruck „Tarifvertrag“. Denn, wie unten gezeigt wird, brauchen die Normen nicht unbedingt eine Regelung der Lohnsätze zu enthalten. Sagt doch der § 1 der Verordnung vom 23. Dezember 1918: „Der Tarifvertrag ist eine schriftliche Vereinbarung zwischen einem Arbeitnehmerverband (Gewerkschaft oder Angestelltenverband) auf der einen Seite, mit dem Zwecke, die Arbeitsverhältnisse (Löhne, Arbeitszeit, Kündigungsfristen, Urlaub und sonstige Arbeitsbedingungen) der Arbeitnehmer, welche der Tarifvertrag im Auge hat, einheitlich zu gestalten und insbesondere Mindestbedingungen zu Gunsten der Arbeitnehmer festzulegen, jedoch ohne gegen §§ 134 und 138 B.G.B. zu verstoßen.“[3] Die Bezeichnung „Tarifvertrag“ ist also eigentlich viel zu eng gefaßt, im Gegensatz wieder zu dem in Oesterreich und Frankreich gebrauchten Ausdruck „kollektiver Arbeitsvertrag“,[4] der seinerseits viel zu allgemein gehalten und auch irreführend ist, da sich ja im Tarifvertrag keine Partei zu einer Arbeitsleistung bezw. einer Entlohnung verpflichtet. Es werden nur die Normen festgelegt, in denen sich die abzuschließenden Arbeitsverträge zu halten haben.

Ueber die rechtliche Natur des heutigen Tarifvertrages herrscht großer Streit.[5] Weder ist der Tarifvertrag als Vorvertrag anzusehen, da keine der vertragschließenden Parteien sich verpflichtet, einen Hauptvertrag abzuschließen.

Noch ist der Tarifvertrag als Vergleich aufzufassen, da dieser stets einen Streit oder eine Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis voraussetzt. Es liegt im Gegenteil eher die Begründung eines Rechtsverhältnisses vor.

Mitunter hat man auch im früheren Recht den Tarifvertrag als Gesellschaftsvertrag bezeichnet. Diese Auffassung mag dadurch ent-

---

1) Archiv für soziale Gesetzgebung und Stat.: Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Bd. 15, S. 23 ff.

2) Sinzheimer a. a. O., Bd. I, S. 99.

3) Hueck, Tarifrecht, S. 13; Giesberts-Sitzler, V.O. ü. T.V., S. 12; Kaskel a. a. O. S. 14; Matthaei a. a. O. S. 71; Oertmann a. a. O. S, 71; Sitzler, Tarifvertragsrecht, II. Bd., S. 12.

4) Dechant a. a. O. S. 77.

5) Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 26 ff; Hueck, Tarifrecht, S. 15 ff; Kaskel a. a. O. S. 15 ff; Lotmar a. a. O., S. 770 ff.

standen sein, daß die Parteien sich häufig nicht mit der Normierung der Arbeitsbedingungen begnügen. Sie bilden vielmehr Tarifgemeinschaften. Diese haben die Aufgabe, die Durchführung des Vertrages zu überwachen, oder auch Streitigkeiten zu schlichten, oder durch Beschluß die Arbeitsnormen festzusetzen. Eine solche Tarifgemeinschaft kann rechtlich eine Gesellschaft oder auch ein nicht rechtsfähiger Verein sein. Das Wesen des Tarifvertrages wird aber hierdurch nicht berührt. Das Ursprüngliche ist regelmäßig der eigentliche Tarifvertrag. Die Tarifgemeinschaft ist erst die Folge. Jedenfalls ist festzustellen, daß der Tarifvertrag keineswegs die Bildung einer Gesellschaft oder eines nicht rechtsfähigen Vereins zum Gegenstand hat.

Auch eine Verwechselung des Tarifvertrages mit der in der Gewerbe-Ordnung §§ 152 ff geregelten Koalition ist nicht angängig. Denn Koalitionen stellen eben Verabredungen zwischen Vereinigungen zum Zwecke der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen dar. Bei ihnen handelt es sich um Schutzabreden Gleichinteressierter, die dem wirtschaflichen Kampfe dienen, und die Stellung der einen Partei stärken sollen. Aehnlich sagt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 30. 3. 1912: „Der Tarifvertrag ist kein Kampfmittel im Sinne des § 152 der Gewerbe-Ordnung. Der Abschluß eines solchen stellt vielmehr entweder selbst das Ziel dar, das durch ihn erreicht werden sollte, oder ist doch dessen Ergebnis.[6]

Denkbar ist es allerdings, daß die Parteien eines Tarifvertrages *jede* eine Koalition im Sinne des § 152 Gew.O. darstellen, doch ist das auf die Rechtswirksamkeit des von diesen Parteien geschlossenen Vertrages ohne Einfluß. Ueberdies bezeichnet es die Literatur (vgl. Lotmar) übereinstimmend als Irrtum, wenn man annimmt, daß sich § 152 Gew.O. auch auf die gemeinsamen Verhandlungen beider Gruppen, des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, beziehe. Mit vollem Recht hat daher die Rechtswissenschaft im Gegensatz zu der Rechtsprechung den Tarifvertrag von Anfang an *nicht* als eine Koalition angesehen. Der Tarifvertrag wird infolgedessen von dem Rücktrittsrecht sowie der Klage- und Einredelosigkeit des § 152 Gew.O. nicht betroffen.

Heute sieht man vorherrschend den Tarifvertrag als einen *privat*rechtlichen „contractus sui generis" an. Demnach unterliegt er, soweit nicht die Verordnung besondere Bestimmungen enthält, den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.[7] Hiernach regeln

6) R.G. Strafsachen 46, 48.
7) Hueck, Tarifrecht S. 17.

sich insbesondere die Frage des Vertragsschlusses, der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit. Es kommen für derartige Fragen in erster Linie die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über gegenseitige Verträge zur Anwendung.

Bei dem Inhalt eines Tarifvertrages kann man im wesentlichen drei Gruppen unterscheiden. Zunächst diejenigen Bestimmungen, die nur von vorübergehender Bedeutung sind, und die z. B. auf die unmittelbare Wiederherstellung des gewerblichen Friedens gerichtet sind, Bestimmungen, die natürlich auch vielfach fehlen können.

Sodann enthält der Tarifvertrag naturgemäß Abreden, die ihn selbst betreffen, d. h. seinen Beginn, seine Dauer, seine etwaige Erneuerung festlegen.

Schließlich kommt als letzter und wichtigster der Abschnitt, der die Arbeitsnormen behandelt. Darüber, welche einzelnen Bestimmungen des Tarifvertrages zu den Arbeitsnormen zu rechnen sind, herrscht in der Wissenschaft nicht in allen Punkten Einmütigkeit. Daß zu den Arbeitsnormen die Bestimmungen über den Lohn, die Arbeitsart, über Dauer, Kündigung des Arbeitsvertrages und anderes mehr zu zählen sind, erscheint, wie bereits erwähnt, nicht zweifelhaft.

Dieser zuletzt behandelte Teil des Tarifvertrages ist wohl der wichtigste. Denn nur um seinetwillen wird überhaupt der Tarifvertrag abgeschlossen. Doch begegnet der Versuch, die rechtliche Natur dieses Kernes festzulegen, gewissen Schwierigkeiten. Dieser sogenannte normative Teil des Tarifvertrages schafft keine subjektiven Rechte, stellt vielmehr objektives Arbeitsvertragsrecht dar, vergleichbar einem Gesetz, z. B. einer Ergänzung der Bestimmungen über den Dienstvertrag.[1, 2] Die Berechtigung dieser Bezeichnung zeigt sich auch klar an der Hauptwirkung, mit der dieser normative Teil des Tarifvertrages ausgestattet ist, der Unabdingbarkeit, d. h. daß grundsätzlich abweichende Vereinbarungen in den Arbeitsverträgen zwischen den tarifbeteiligten Personen nicht abgeschlossen werden dürfen. An die Stelle tarifwidriger und daher unwirksamer Bestimmungen des Arbeitsvertrages treten (vgl. § 1 V.O.) dann die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages. Im Gegensatz zu § 139 B.G.B. bleibt also der ganze Arbeitsvertrag selbst dann gültig, wenn er ohne die unwirksame Bestimmung nicht abgeschlossen

8) Kaskel a. a. O., S. 15 ff; Matthaei a. a. O., S. 72 ff; Nipperdey a. a. O., S, 138; Oertmann a a. O., S. 72/73.

9) Das Wesen des Tarifvertrages wird in einem Urteil des Reichsgerichts (107, 247) gekennzeichnet als „charakteristische Ausprägung der für Arbeitsbedingungen und Produktionsentwicklung autonomen Selbstverwaltung durch soziale Selbstverwaltungskörper und der durch die Beteiligten selbst ein Arbeitsrecht schaffenden Berufsgesetzgebung, der Vertrag sei nichts weiter als äußerliche Entstehungsform, sein Wesen sei Gesetzgebung.

worden wäre. Diese Art der Regelung beruht auf dem Gedanken, daß mit einer bloßen Nichtigkeitserklärung, wie sie Lotmar vorschlug, bei abweichenden Vereinbarungen dem sozialen und wirtschaftlichen Zweck des Tarifvertrages nicht nur nicht gedient, vielmehr erheblich geschadet werden würde. Bei bloßer Nichtigkeitserklärung würde nämlich § 139 B.G.B. anzuwenden sein, mit anderen Worten, es wäre immer möglich, daß die Nichtigkeit der einzelnen tarifwidrigen Bestimmungen die Nichtigkeit des ganzen Arbeitsvertrages zur Folge hätte. Das würde aber dem Zweck des Tarifvertrages und seinem Ziele, tarifmäßige Abschlüsse von Arbeitsverträgen herbeizuführen, direkt widersprechen. Von ähnlichen Gedanken ließ sich früher einmal das Reichsgericht[10] leiten, als Verträge zur zivilrechtlichen Beurteilung standen, die unter Ueberschreitung der gesetzlichen Höchstpreise abgeschlossen waren. Auch hier ging der Gerichtshof von der Erwägung aus, daß wie auch für den Tarifvertrag der Zweck des Höchstpreisgesetzes nicht auf die Verwirklichung eines Rechtsgedankens, sondern ganz unmittelbar auf die Herbeiführung eines wirtschaftlichen Zwecks gerichtet ist, und daß infolgedessen dieser Zweck nicht außerachtgelassen werden darf.

Die Bedeutung der Unabdingbarkeit liegt also darin, daß eine individuelle Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, die darauf hinausführt, gegenüber der Bestimmung des Tarifvertrages etwas für den Arbeitnehmer Ungünstigeres festzulegen, nichtig ist. Eine solche Vereinbarung gilt als nicht vorhanden. Es bleibt bei der dem Arbeitnehmer günstigeren Bestimmung des Tarifvertrages. Der Kollektivwille geht also dem Individualwillen vor! Jedoch ist durch die Unabdingbarkeit der Individualwille der Tarifvertragsparteien nicht vollkommen ausgeschaltet.[11] Denn die Unabdingbarkeit wirkt nur zu Gunsten des Arbeitnehmers. Einer Verbesserung gegenüber den Bestimmungen des Tarifvertrages steht also nichts im Wege, denn die Bestimmungen der Tarifverträge haben ja ganz allgemein nur den Zweck, den Arbeitnehmern Mindestarbeitsbedingungen zu sichern. So wird also durch die Unabdingbarkeit erreicht, daß die Arbeitsnormen für die Arbeitsverträge der am Tarifvertrag beteiligten Personen ohne weiteres mit zwingender Kraft gelten. Insoweit wird der rein obligatorische Charakter des Tarifvertrages beseitigt. Er wird innerhalb des Geltungsbereiches der Unabdingbarkeit zu einem absolut wirkenden Rechtsakt.

---

10) R.G. Zivilsachen 88, 250.
11) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 262.

Wie bereits gesagt wurde, wirkt die Unabdingbarkeit nur in Arbeitsverträgen, die zwischen tarifbeteiligten Personen abgeschlossen sind. Wer also tarifbeteiligt zu gelten hat, sagt die Verordnung in ihrem § 1 Abs. II.

Entweder muß es sich um Arbeitgeber und Arbeitnehmer handeln, die Vertragsparteien des Tarifvertrages oder vertragschließende Vereinigungen sind, oder es bei Abschluß des Arbeitsvertrages waren.

Daneben gibt es aber noch eine vierte Gruppe von Beteiligten am Tarifvertrage, die dargestellt wird durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsvertrag unter Berufung auf einen Tarifvertrag abgeschlossen haben. Das kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Praktisch wird dieser Fall namentlich bei Abschluß von Arbeitsverträgen, bei denen nur die eine Partei an einen Tarifvertrag gebunden ist. Möglich ist aber auch der Abschluß eines Arbeitsvertrages unter Berufung auf den Tarifvertrag, wenn keine der Arbeitsvertragsparteien an einen solchen gebunden ist. Das Gesetz will auf diese Weise eine Möglichkeit schaffen, daß durch eine derartige Berufung, die in solchen Fällen fehlende Verbandsmitgliedschaft ersetzt wird, wobei jedoch genau darauf zu achten ist, ob es sich nur um die Herübernahme einzelner Tarifvertragsbestimmungen oder um eine „Berufung" auf den Tarifvertrag handelt, da nur diese die „Unabdingbarkeit" zur Folge hat. Die von dem Gesetzgeber gebrauchte Wendung „Berufung auf den Tarifvertrag" ist als wenig glücklich zu bezeichnen. Besteht doch die Möglichkeit, in einer Berufung den Hinweis der Arbeitsvertragsparteien zu sehen, daß sie die tarifmäßigen Arbeitsnormen zum Inhalt ihres rein obligatorischen Arbeitsverhältnisses machen wollen.[12] Eine derartige Auslegung entspricht aber sicher nicht dem Sinn des § 1 der Verordnung. Um den persönlichen Geltungsbereich genau festzulegen, hat der Gesetzgeber die beteiligten Personen im Absatz 2 des § 1 näher bezeichnet. Die „Berufung auf den Tarifvertrag" ist also eine Berufung mit der normativen Wirkung der Unabdingbarkeit gleichsam eine freiwillige Unterwerfung unter den Tarifvertrag. Eine solche Berufung bewirkt nun aber nicht eine Verpflichtung der betreffenden Personen als Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrage. Ihre Arbeitsverträge haben lediglich vom Tage der Berufung ab den tarifmäßigen, unabdingbaren Inhalt, von dem die Parteien auch für die Zukunft nicht, jedenfalls zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichen können. Huecks Ansicht, daß dieses Ergebnis seltsam und

12) Hueck a. a. O. S. 103.

eine unangebrachte Beschränkung der Vertragsfreiheit sei, kann nicht zugestimmt werden. Ist doch die für die übrigen Tarifangehörigen geltende Unabdingbarkeit ebenso wie hier ein Ausfluß sozialer Selbstbestimmung, und wird in diesem Falle doch auch die Beschränkung der Vertragsfreiheit inkaufgenommen. Die A r t der Beschränkung, ob durch Eintritt in eine der Tarifvertragsparteien oder durch Unterwerfung, ist doch letzten Endes vollkommen gleichgültig. Die Zweckmäßigkeit der Unterwerfung liegt vor allem, um es nochmals hervorzuheben, darin, daß einzelne Arbeitnehmer, die ja nicht Partei eines Tarifvertrages sein können, auch ohne die Mitgliedschaft bei einer Vereinigung den Schutz der Unabdingbarkeit genießen können. Dem Arbeitgeber auf der anderen Seite wird die Möglichkeit genommen, für die Zeit des Bestehens des Tarifvertrages tarifmäßige Arbeitsverträge zu kündigen, um dann die Arbeitnehmer zum Abschluß von günstigen Arbeitsverträgen zu zwingen.

Die Einführung d erUnabdingbarkeit hat die Frage entstehen lassen, ob ein Arbeitnehmer auf einen Anspruch verzichten kann, der ihm auf Grund tarifvertraglicher Bestimmung seiner Rechte aus dem Arbeitsverhältnis erwächst, ob er insbesondere auf seinen Anspruch auf d enLohn, der durch den Tarifvertrag festgesetzt ist, ganz oder — was praktisch häufiger der Fall sein wird — teilweise rechtswirksam, ausdrücklich oder stillschweigend verzichten kann. Ein Beispiel vergegenwärtigt dies: Kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag im Rahmen des für diesen Betrieb infragekommenden Tarifvertrages einen Stundenlohn von 90 Pfennigen vorsieht, sich mit der geringeren Lohnzahlung von 80 Pfennigen zufrieden geben, und auf die Differenz gegenüber dem vollen ihm tarifvertragsmäßig zustehenden Lohn verzichten, erlischt dadurch sein Anspruch auf diese Differenz oder besteht dieser weiter, sodaß er ihn bis zu seiner Verjährung oder zum mindesten bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses jederzeit noch geltend machen kann? Insbesondere hat sich die Streitfrage erhoben, ob bereits in der widerspruchslosen Annahme einer untertariflichen Lohnzahlung ein solcher Verzicht zu sehen ist. Da in der Praxis der Fall meist so liegt, daß der geringere Lohn gezahlt und angenommen wird, ohne daß von einem Erlaß oder Verzicht ausdrücklich gesprochen wird, ja, ohne daß die Differenz gegenüber dem Tariflohn überhaupt erwähnt wird, der Arbeitnehmer vielmehr erst nach seinem Austritt aus dem Arbeitsverhältnis den Differenzbetrag nachfordert, erscheint es angebracht, zuerst zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen.

Die herrschende Meinung geht bei der Frage, ob das Gericht einem solchen Anspruch stattgeben darf oder nicht, von dem Standpunkt aus, daß die Verordnung nichts darüber enthalte, was zu der Annahme berechtigen könnte, daß das Gesetz die tatsächliche Durchführung der Tarifbestimmungen außer der Sicherung der Entstehung eines bestimmten Lohnanspruches bezwecke. Weiterhin sei die Einschränkung, die die Vertragsfreiheit durch den § 1 der Verordnung erleidet, schon eine Ausnahmevorschrift, und diese dürfe nicht weiter ausgelegt werden, als sich aus der Verordnung unmittelbar ergibt. Infolgedessen erstreckt sich auch die in ihrem Wesen bereits geschilderte Unabdingbarkeit in ihrer Wirkung nur soweit, daß Arbeitsverträge, die von der tariflichen Regelung abweichen, unwirksam sind, nicht aber sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die nachträglich Rechtsfolgen des Tarifvertrages ändern oder aufheben. Mit diesem Grundsatz zieht sie einen scharfen Trennungsstrich zwischen den Arbeitsvertrag selbst und den einzelnen aus diesem entstandenen Ansprüchen.[13], [14] Auf den vorliegenden Fall übertragen heißt das: Der Arbeitnehmer ist jederzeit berechtigt, die ihm aus dem Arbeitsvertrag entspringenden Rechte für die Zukunft geltend zu machen. Der tarifvertragliche Anspruch entsteht eben von selbst, auch wenn er nicht geltend gemacht wird, und wenn auch vielleicht eine gegenteilige Abrede getroffen worden ist. Doch ist damit nicht verhindert, daß der jeweils tarifvertraglich entstandene Anspruch nicht dadurch wieder verloren gegangen ist, daß er nicht geltend gemacht wurde, indem der Arbeitnehmer die untertarifliche Entlohnung ohne Widerspruch hingenommen hat. Es entsteht nun die Frage, ob in dieser stillschweigenden Annahme untertariflicher Besoldung unter Umständen ein Erlaß dergestalt gesehen werden kann, daß der Arbeitgeber, wenn es sich um die Zahlung des für die abgelaufene Arbeitszeit fälligen Lohnes handelt, dem Arbeitnehmer mit dem Angebot eines geringeren Betrages eine konkludente Erlaßofferte betreffend die Differenz zu dem tariflichen Gehalt macht. In der stillschweigenden Annahme des geringeren Gehaltes will nun die herrschende Meinung die Annahme der Erlaßofferte sehen, so daß ein Erlaßvertrag nach § 397 BGB. (der aber nur den Erlaß einer bereits entstandenen Schuld betrifft, da er ja bei einer künftigen Schuld ihr Entstehen vereiteln würde) bezüglich des Mehrbetrages zustande gekommen wäre. Voraussetzung hierfür ist aber, daß man das

---

13) Hueck, Tarifvertrag, S. 115; Hueck, Tarifrecht, S. 57 ff; Sitzler, Tarifvertragsrecht S. 19; L.G. Chemnitz in Gew. u. K.G. 26, 126; Tarifschiedsgericht Bamberg, in Neue Zeitschr. f. Arbeitsrecht II, 689.
14) Planck-Siber a. a. O. S. 3 f.

Stillschweigen als „erlassende" Willenserklärung deutet. Dies ist möglich, wenn es sich „als ein Verhalten darstellt, welches nach der Verkehrsübung zum Schluß auf den Willen nötigt", nach dem bekannten Rechtsgrundsatz: „Wer schweigt, gibt sich den Anschein, der Zustimmung, wenn er reden könnte und müßte".[15] Zwar glaubt man, nicht allzuweit gehen zu dürfen, wenn man aus einem Stillschweigen eine bindende Willenserklärung entnehmen will, aber schon das gemeine Recht sagt, daß Schweigen als Zustimmung zu werten ist, wenn auf eine Offerte einer der verabredeten nicht entsprechenden Leistung ein Protest nicht erfolgt, vielmehr diese Offerte durch die Annahme des gebotenen geringeren Betrages angenommen wird. Auch nach dem BGB. sowie dem HGB. bedeutet ja das bloße Stillschweigen Annahme, zumal, wenn nach Treu und Glauben im Falle der Ablehnung eine dahingehende Aeußerung zu erwarten war.[16] Somit könnte man also von dem Zustandekommen eines Erlaßvertrages sprechen, sofern allerdings der Arbeitnehmer gewußt hat, was ihm in Wirklichkeit zusteht und was er demnach erläßt. Es ist auch gleichgültig, ob man sich der von Kallee[17] geäußerten Ansicht anschließt, die es für ausreichend hält, daß der Arbeitnehmer gewußt hat, daß die Lohnfrage tariflich geregelt wird, ohne daß es erforderlich wäre, daß der Arbeitnehmer gerade die jeweilige Höhe des Lohnes gekannt hätte, oder aber ob man der weitergehenden Meinung[18] beistimmt, die dem Arbeitnehmer die Kenntnis seiner tarifvertraglichen Rechte ohne weiteres unterstellt und ihm die Beweislast des Nichtkennens aufbürdet, zumal einerseits die sich immer weiter ausbreitenden Arbeitnehmerorganisationen schon dafür sorgen, daß die Mitglieder über ihre Tarifrechte stets auf dem Laufenden gehalten werden, andererseits aber auch es den Arbeitgebern bei Abschluß des Tarifvertrages meist zur Pflicht gemacht wird, daß sie ihren Arbeitnehmern nach Abschluß des Vertrages bezw. bei Abschluß des Anstellungsvertrages ein Exemplar des Tarifvertrages aushändigen.

Die herrschende Meinung[19] nimmt also einen Erlaßvertrag an, zumal sie es auch für gegen Treu und Glauben verstoßend hält, daß

---

15) Goerrig, im Mitt.Bl. d. Schlichtungsausschusses Groß Berlin Nr 23/24, S 267.
16) R.G. 58, 69.
17) Kartenauskunftei, Tariflohnverzicht.
18) Erdel, in Schlichtungswesen III, 239; Kampe, i. Mitt.Bl. d Schlicht Groß-Berlin IV, 16, S. 182.
19) Kaskel, Enzyklopädie S. 18 Anm. 2; Oertmann a a O, S 77; Kallee-Groß a. a. O., S. 275; Erdel a. a. O., S. 23 ff; Staub-Bondi a. a. O. S, 380, § 59 Anm. 33 c; Gewerbegericht Erfurt 5. 10. 25; K.G. Dresden v. 26. 2. 25, i Schlicht. 1925 S. 218; K.G. Kassel v. 14. 4. 26 i. B. 1, f. A.R. 1926, Heft 11; A G. Koburg v. 29. 8. 25 i. Schlichtw. 1926 S. 142; G.G. Zeitz v. 3. 7. 24 i Gew. u. K.G. 1025, Jg, 30, S. 48 mit der Einschränkung, daß Gerichte Mißbrauch der Verzichtsfreiheit verhüten müssen. -- Bescheid des Reichsarbeitsministers v. 4. 11. 1920 i N.Z. f. A.R,

ein Arbeitnehmer, der lange Zeit hindurch bei jeder Lohnzahlung jedesmal ruhig den Minderbetrag hingenommen hat, um sich vielleicht seinen Arbeitsplatz dadurch zu erhalten, dann später, vielleicht erst nach Lösung des Arbeitsverhältnisses, seine Nachforderung geltend macht. Zu dieser Frage nimmt das Landesarbeitsgericht Hamburg in einer neuen Entscheidung[20] vom 6. 9. 1927 Stellung, indem es bei der Frage eines Erlaßvertrages oder eines Verzichtes es nicht als das Entscheidende ansieht, ob festgestellt werden kann, daß der Arbeitnehmer tatsächlich innerlich auf den ihm zustehenden Anspruch verzichtet hat. Vielmehr ist der Schwerpunkt der Prüfung dahin zu verlegen, ob andere, insbesondere der Arbeitgeber, das Verhalten des Arbeitnehmers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als Verzicht auffassen mußte, mit anderen Worten: Man muß also das Verhalten des Arbeitnehmers nach denselben Grundsätzen beurteilen, wie jede andere stillschweigende Willenserklärung.

„Wenn ein Vertragsverhältnis beendet ist", so sagt das Landesarbeitsgericht, „so ist es doch an sich das Gegebene und Natürliche, daß jede Partei, die noch geldliche Ansprüche daraus zu haben glaubt, diese bei Beendigung des Vertragsverhältnisses oder alsbald danach erhebt, oder wenigstens vorbehält. Geschieht das nicht, so darf der andere Teil diese Ansprüche regelmäßig als erledigt betrachten und annehmen, daß aus Nichterfüllung bezw. mangelhafter Erfüllung des Vertrages keine Ansprüche oder doch keine geldlichen Ansprüche mehr erhoben werden sollen. Dabei ist allerdings gerade bei Arbeitsverträgen zu beachten, - und das muß sich auch der Arbeitgeber verständigerweise sagen —, daß der Arbeitnehmer im Augenblick der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vielfach nicht gleich das richtige Wort und den richtigen Entschluß finden wird. Eine gewisse Ueberlegungs- und Erkundigungsfrist wird man daher insbesondere dem Arbeitnehmer regelmäßig zugestehen müssen."

Wie den Grundsätzen von Treu und Glauben, so unterliegt ein solcher Erlaßvertrag selbstverständlich auch den übrigen allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über Anfechtung, Nichtigkeit usw. Stellt sich also heraus, daß der Arbeitnehmer die Mehrforderung einzig und allein deshalb unterlassen hat, weil ihm vom Ar-

1, Jg. 1921, S. 83, betont die Unmöglichkeit eines allgemeinen Verzichtes im Voraus für etwa entstehende Lohnzahlungen. G.G. Hannover v. 19. 10. 21 i. Gew. u. K.G., 27. Jg. 1922, Heft 4, S. 92/93; Schlichtungswesen Jg. 3, Nr. 12, S. 237—239 (Erdel); G.G. Königsberg i. Gew.. u. K.G. 1919, Jg. 24, 34; K.G. Offenburg i Gew. u. K.G. Jg. 27. 1922. S. 175; L.G. Chemnitz i. A.Z. f. A.R. 1923, III, 383. Reichsgericht v. 27. 11. 25.

20) Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und d. Landesarbeitsgerichtes, Bensheimer Samml. I, Nr. 25, S. 75 ff.

beitgeber anderenfalls die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses angedroht wurde, so würde dieses Verhalten des Arbeitgebers sich als eine widerrechtliche Drohung im Sinne des § 123 BGB. darstellen. An und für sich ist ja der Arbeitgeber berechtigt, nach den tarifvertraglich festgelegten Kündigungsfristen zu kündigen, er darf aber dieses sein Recht nicht dazu mißbrauchen, um den ihm vorteilhaften Erlaß des Differenzbetrages bis zu dem tariflichen Gehalt von seinem Arbeitnehmer zu erpressen. Unter diesen Umständen wäre dem Arbeitnehmer ein Anfechtungsrecht aus § 123 BGB. zu geben.[21]

Will man andererseits, wie oben ausgeführt, bei dem Erlaßvertrage nur die Kenntnis von der tariflichen Regelung gelten lassen, und irrt sich der Arbeitnehmer bezüglich der Höhe des ihm zustehenden Betrages, so ist dem Arbeitnehmer ein Anfechtungsrecht gemäß § 119 BGB. nicht zu versagen.[22] Denn wenn er seinen Anspruch nicht gekannt hat, hat er ja die Erlaßvertragsofferte nicht annehmen wollen. Jedoch muß der Arbeitnehmer die Anfechtung unverzüglich nach erlangter Kenntnis von seinem Tariflohnanspruch dem Arbeitgeber gegenüber erklären und muß seinerseits dann im Prozeß seine vorherige Unkenntnis beweisen. Kann er diesen Beweis erbringen, so bleibt zwar seine Nachforderung bestehen, er selbst aber kann von dem Arbeitgeber auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, d. h. er muß dem Arbeitgeber den Schaden ersetzen (das sogenannte Vertrauensinteresse), der diesem dadurch, daß er auf die Wirksamkeit des Erlaßvertrages vertraute, entstanden ist. (Vgl. § 122 BGB.)

Handelt es sich nun um eine Nachforderung, die sich auf mehrere Gehaltszahlungen bezieht, so hat man bei jeder Gehaltszahlung aufs neue einen für die bereits abgelaufene Zeit gültigen Erlaßvertrag anzunehmen. Auf diese Weise kann der Arbeitnehmer ganz nach Belieben dem Arbeitgeber gegenüber sich bei jeder Gehaltszahlung entscheiden, ob er den vollen, ihm zustehenden Betrag fordern oder sich mit dem angebotenen Minderbetrag begnügen will.

Um nun nicht sich dieser vielleicht etwas gekünstelt erscheinenden Konstruktion eines Erlaßvertrages gemäß § 397 BGB. bedienen zu müssen, scheinen einige Vertreter der herrschenden Meinung zu dem anderen Rechtsinstitute der Aufgabe von Rechten, dem „Verzichte“, zu greifen, ohne sich darüber klar zu werden, daß es durchaus zweifelhaft ist, daß Forderungsrechte durch einseitigen Verzicht

---

21) Hueck, Tarifvertrag S. 117.
22) Hocainger in „Das Schlichtungswesen“, 4. Jg. Nr. 2, S. 23.

untergehen können, und daß fernerhin eine Trennung des Verzichtes als einseitigem Rechtsgeschäft vom Erlaß abzulehnen ist.[23] Da nun von den Vertretern der herrschenden Meinung ganz durcheinander ohne Rücksicht auf diese Tatsache von einem Erlaß der Differenz und von einem Verzicht auf den Mehrbetrag gesprochen wird, erscheint es notwendig, auch auf diese Theorie einzugehen, wobei gleich bemerkt sei, daß der Verzicht nicht etwa dasselbe wie das Nichtgeltendmachen eines Rechtes, das tatsächliche, von dem Wollen des Berechtigten abhängige Unterlassen ist. Unter Verzicht versteht man „das Aufgeben eines rechtlichen Vorteils durch eine darauf gerichtete Willenserklärung“ oder im weiteren Sinne eine „Erklärung, ein Recht, dessen Erwerb möglich ist, nicht erwerben zu wollen“.[24] Da wir es im Privatrechte aber in erster Linie mit dem Verzicht auf Rechte zu tun haben, scheint die von Ennercerus[25] gebrauchte Definition, die den Verzicht als „das Aufgeben eines Rechtes durch Willenserklärung“ charakterisiert, treffender zu sein. Aus dieser Begriffsbestimmung schon ergibt es sich, daß beim Verzicht regelmäßig keine Willenseinigung wie beim Erlasse als gegenseitigem Vertrage erforderlich ist.[26], [27] Vielmehr genügt irgendeine Handlung, die geeignet ist, dem Gegner zu erkennen zu geben, daß er auf einen Anspruch bezw. einen Teil seines Anspruches verzichte. Zweifelsohne kann nun „in der vorbehaltlosen Annahme einer als Erfüllung gegebenen Leistung ein Verzicht auf etwaige Mängel der Leistung gesehen werden“,[28] wenn der Gläubiger sich dieses Mangels bewußt ist. Die vorbehaltlose Entgegennahme einer geringeren Leistung bei Kenntnis des dem Arbeitnehmer zustehenden Anspruchs, und diese wird nach obigen Ausführungen vorausgesetzt, seitens des Gläubigers hat unbedingt für den Arbeitnehmer die Folge, daß sein Schweigen als Verzicht auf den weiteren Anspruch gewertet wird. So ist also im allgemeinen in der vorbehaltlosen Annahme eines untertariflichen Gehaltes stets ein Verzicht auf die Differenz zum Tarifgehalt für jeden Monat zu sehen.

Es ergibt sich also, auch unter der Voraussetzung, daß sich die Unabdingbarkeit nur auf den Abschluß und Inhalt der Arbeits-

---

23) Planck a. a. O., S. 318.
24) Levy a. a. O. S. 10.
25) Ennecerus a. a. O., I, § 134, III.
26) Gruchot 47, 262 ff (Cohn); Verzicht muß eine Vertragsform darstellen, wenn durch ihn die durch das Schuldverhältnis begründeten Verpflichtungen in ihrem Inhalte verändert werden; es widerstrebt dem Begriffe des Schuldverhältnisses, daß es schon dann untergehen soll, wenn der Gläubiger es will. Jedoch ist nach § 363 BGB. ein einseitiger Verzicht auf Aenderung des Inhaltes des Schuldverhältnisses genügend, wenn nur der Verzicht der Annahme der Leistung nicht vorhergeht und entweder den Gegenstand der Leistung oder ihre Vollständigkeit betrifft.
27) du Chesne a. a. O. S. 301.
28) Planck a. a. O., § 363, I.

verträge bezieht, nicht aber auf die aus dem Arbeitsvertrage entstehenden Rechte, und daß es sich nur um einen Verzicht für die bereits abgelaufene Arbeitszeit handelt, dasselbe Ergebnis, wie auf dem Wege, den die Verfechter des Erlaßvertrages beschreiten.

Beide Theorien werden von Hoeninger verworfen, der sich auf den Standpunkt stellt, daß meistenteils bei dem Arbeitnehmer, dessen Verhalten als Verzicht auf den Mehrbetrag ausgelegt wird, der Wille, auf etwas zu verzichten, fehlen werde. Die Folge wird die sein, daß die nach objektiven Gesichtspunkten festgestellte Erklärung garnicht seinen rechtsgeschäftlichen Intentionen entspricht und ihm aus § 119 BGB. ein Anfechtungsrecht zu geben ist, da er eben eine Erklärung dieses Inhalts gar nicht abgeben wollte. So wird der konstruierte stillschweigende Erlaßvertrag zur Wertlosigkeit herabgedrückt. Hoeninger seinerseits geht noch weiter, indem er glaubt, daß das, was dem Arbeitnehmer wider seinen Willen untergeschoben wird, „in Wahrheit gar kein Verzicht, überhaupt nichts ist, was von dem rechtsgeschäftlich erklärten Willen des angeblich Verzichtenden abhängt". Aus obigen Umständen wird vielmehr ohne Rücksicht auf den Willen des Arbeitnehmers, ja sogar wider seinen Willen, die Rechtsbeendigung gefolgert. „Die objektiven Umstände", so sagt Hoeninger,[29] „liegen in seinem Verhalten. Dieses sein Verhalten ist in sich widerspruchsvoll. Es liegt ein „venire contra factum proprium" vor. Seine spätere Nachforderung auf vollen Tariflohn konstrastiert mit seinem tatsächlichen Verhalten". Ein solches gegensätzliches Verhalten liegt dann vor, wenn, wie Planck sagt[30], „die nachträgliche Geltendmachung des Anspruchs durch Gesetzesvorschrift oder durch die Rücksicht auf Treu und Glauben ausgeschlossen ist — was auch der Fall sein kann, wenn das Verhalten nicht gewollt ist, — dagegen Verzicht, wenn das Verhalten selbst mit dem Vorbehalt nachträglicher Geltendmachung des Anspruches gegen Gesetz oder gegen Treu und Glauben verstößt, — was nur bei gewolltem Verhalten möglich ist." Diesen objektiven Endigungsgrund entstandener Rechte bezeichnet man eben als „Rechtsverwirkung".

Diesen Gedanken, der sich namentlich aus den §§ 242 und 157 BGB. ableitet, will nun Hoeninger auf vorliegenden Fall angewendet wissen, und zwar begründet er dies wie folgt:[31] Jeder

29) Hoeninger in „Das Schlichtungswesen" 1921, 3. Jahrg., S. 6/7 und S. 78; derselbe ebenda 1922, 4. Jahrg. Nr. 2, S. 23.

30) Planck a. a. O., zu § 397.

31) Vgl. auch Priebe in D.J.Z., 30. Jg., 1925, Heft 8, S. 662; Badische Rechtspraxis 1925, Nr. 11, S. 179/180, Urteil des G.G. Durlach. Hiesche (Gruchot) Zeit NF. Bd. 4, 1924, S. 216.

Arbeitnehmer sei in der heutigen Zeit verpflichtet, sich über die Lohnhöhe sowie sonstige ihn betreffende tarifliche Vereinbarungen zu orientieren. Das Vernachlässigen dieser Obliegenheit sei als Interesselosigkeit an der dem Tarifvertrage entsprechenden Besoldung zu werten. Infolgedessen verwirke der Arbeitnehmer das Recht, sich nach langer vorbehaltloser Annahme eines niedrigeren Lohnes auf den Tarifvertrag zu berufen. Gebe man zu, daß, nachdem monatelang zu untertariflichem Lohne gearbeitet worden ist, erst nach dem Austritt aus dem Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer auf die Differenz zurückgreifen könnte, so wäre unlauterem Verhalten Tür und Tor geöffnet. Mögen auch die Nachforderungen vielleicht formal berechtigt erscheinen, so stehe ihnen doch die Einrede des unlauteren Verhaltens (exceptio doli) entgegen. Für ein solches Verhalten sehe die Rechtsordnung keinen Schutz vor. Weiterhin sei es, will man zu einer Rechtsverwirkung kommen, erforderlich, daß dem Arbeitnehmer die Kenntnis von den ihm zustehenden Lohnbeträgen zugemutet werden kann oder er sie tatsächlich gehabt hat. Dies ist hier anzunehmen, sodaß sich auch unter Anwendung der Hoenigerschen Theorie ergibt, daß einer Nachforderung nach stillschweigender Annahme untertariflichen Gehalts nicht stattgegeben werden darf. Ebenso muß eine Klage eines Arbeitnehmers abgewiesen werden, der eine vorzeitige Kündigung enthält, dagegen nicht protestiert, später aber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses verlangt. Auch hier ist das Stillschweigen des Arbeitnehmers als Einwilligung in die vorzeitige Aufhebung des Dienst bezw. Arbeitsvertrages aufzufassen.

Bevor auf die neueste, das gegenteilige Resultat erreichende Theorie von Nipperdey eingegangen wird, scheint es nötig zu sein, sich kurz mit der in der Hauptsache von dem Amtsgericht in Hannover-Münden vom 3. 12. 24[32] und dem Gewerbegericht Oberlahnstein am 9. 9. 24[33] vertretenen Ansicht zu befassen. Diese Gerichte wollen die untertarifliche Entlohnung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Notlage, die Betriebseinschränkungen sowie Entlassungen notwendig macht, nicht als „Abweichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers“ ansehen. Sie halten es im Gesamtinteresse, das dem Einzelinteresse vorzugehen hat, für günstiger, wenn einzelne Arbeiter zu untertariflichem Lohn arbeiten, als daß sonst der ganze Betrieb womöglich stillgelegt und die Belegschaft entlassen würde. Diese Urteilsbegründungen scheinen jedoch

---

32) Arbeitsrechtliche Beilage d. Mitteil. d. Vereinigung d. deutsch. Arbeitgeberverbände 1925, Nr. 1, S. 12.

33) Das Schlichtungswesen, Jg. 6, Nr. 10, S. 177; Gew. u. K.G. Jg. 30, Nr. 2, S. 46—47.

dadurch, daß sie zu viel Gewicht auf die wirtschaftlichen Gesichtspunkte legen, zu verkennen, daß es sich, sollen die Abweichungen vom Tarifvertrage zulässig sein, darum handelt, die gezahlten Löhne mit den im Tarifvertrage festgesetzten Löhnen zu vergleichen. Dabei ergibt sich, woran kein Zweifel bestehen kann, daß niedrigere Löhne sowohl vom Standpunkt des Arbeitnehmers wie des Arbeitgebers gesehen, schlechtere Bedingungen und damit vom Tarifvertrag abweichende Bedingungen darstellen. Bei der Beantwortung dieser Frage, die Nichtbeschäftigung mit einer ganz geringen Besoldung zu vergleichen, dürfte verfehlt sein, da dann jede Grenze für die Vertragsfreiheit wegfiele, weil jede Beschäftigung, wie sie auch sein mag, günstiger ist als Erwerbslosigkeit. Außerdem würde die weitere Folge einer solchen Beweisführung die sein, daß die meisten Schutzgesetze, die doch Mindestbedingungen zu Gunsten des Arbeitnehmers darstellen, hinfällig würden. Auch eine Verwechselung der abdingenden Vereinbarung selbst mit dem Beweggrund liegt offenbar vor. Schließlich ist noch festzustellen, daß der Standpunkt dieser Gerichte dem Wesen des Tarifvertrages wohl doch nicht gerecht wird. Wie eingangs ausführlich dargelegt, soll der Arbeitnehmer durch den Tarifvertrag die Möglichkeit haben, seinerseits auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen als Gegengewicht gegenüber der größeren wirtschaftlichen Macht des Unternehmers stärkeren Einfluß zu gewinnen. Daß dieses Ziel durch die von den Gerichten vertretene Ansicht illusorisch wird, liegt auf der Hand. Trotzdem also der Standpunkt dieser Gerichte nicht geteilt wird, erscheint er doch ganz wesentlich vielleicht für den einzelnen Fall, da er den lokalen wirtschaftlichen Verhältnissen in weitestgehendem Maße Rechnung trägt.

Auch Sinzheimer will mehr auf den einzelnen Fall und seine wirtschaftliche Ursache eingehen. Er ist mit der herrschenden Lehre dahingehend einig, daß eine v o r Entstehen des Tarifanspruches getroffene Vereinbarung eines Verzichtes nichtig ist, da es sich hierbei um eine tarifwidrige Lohnabrede handelt. Weiterhin soll nach seiner Ansicht ein Verzicht dann ungültig sein, wenn der Arbeitnehmer den geringeren Lohn nur aus dem Grunde stillschweigend angenommen hat, weil er bei Widerspruch in seiner Stellung benachteiligt würde. Während nun die herrschende Meinung in einem solchen Falle die Beweispflicht dafür, daß ein Druck ausgeübt ist, dem Arbeitnehmer auferlegt und ihm das Recht der Anfechtung des Erlaßvertrages gibt, nimmt Sinzheimer an, daß ein derartiger Erlaß oder Verzicht prima facie auf einem solchen tarifwidrigen Verhalten des Arbeitgebers beruhe. Nur dann läßt er den Verzicht

geltend sein, wenn der Arbeit**geber** den Beweis dafür erbringt, daß er aus Gründen, die nichts mit dem Tarifvertrag und der Stellung des Arbeitnehmers zu tun haben, den fälligen Lohn nicht in der tariflichen Höhe ausgezahlt und der Arbeitnehmer auf die Differenz verzichtet hat oder ein Erlaßvertrag zustandegekommen ist, beispielsweise der Arbeitnehmer auf einen Teil des ihm zustehenden Lohnes verzichtet hat, weil der Arbeitgeber wegen Krankheit in seiner Familie nicht in der Lage war, den vollen Lohn auszuzahlen. Der Unterschied der Sinzheimerschen Auffassung und der herrschenden Meinung liegt eben nur darin, daß Sinzheimer **den** Fall, daß der Verzicht tarifwidrigen Zwecken dient, als die **Regel** ansieht, während die Vertreter der herrschenden Lehre gerade umgekehrt allgemein wirtschaftliche oder sonstige Gründe als den Anlaß zu einer Erlaßofferte ansehen, und **den** Fall, daß der Verzicht tarifwidrigen Zwecken dient, als **Ausnahme** betrachten. Im Endergebnis kommt also Sinzheimer zu demselben Resultat wie die Vertreter der herrschenden Lehre.

Schließlich sei noch auf die Darlegungen Wehrles[34] hingewiesen: Er steht auf dem Standpunkt, daß die Frage ob ein Verzicht auf Tariflohn möglich ist, nicht allein nach juristischen Gesichtspunkten über Rechtsverwirkung, Verzicht, Treu und Glauben zu beurteilen ist. Vielmehr sei die sozial-ökonomische Seite dieser Frage mehr zu berücksichtigen, „da die tatsächlichen Machtverhältnisse doch über allem Recht stehen". Ein Verzichten würde nämlich dann häufig eintreten, wenn der Arbeitsmarkt eine schlechte Lage zu verzeichnen hat. Infolgedessen soll nach Wehrles Ansicht der Richter bei der Beurteilung des einzelnen Falles nach Motiven nachgehen, aus denen heraus der Arbeit**nehmer** auf einen ihm tariflich zustehenden Anspruch verzichtet hat. Bei dieser Untersuchung sind in erster Linie die Arbeitsmarktverhältnisse zur Zeit des Abschlusses des Erlaßvertrages zu berücksichtigen, des weiteren aber auch festzustellen, ob der Arbeitgeber womöglich sich die schlechte Arbeitsmarktlage zu nutze gemacht hat. Auf keinen Fall aber dürfe man aus einer Ablehnung einer Nachforderung seitens der Gerichte nunmehr behaupten, daß diese Rechtsprechung auf einer individualistischen Basis aufgebaut sei, und eine solche Gerichtsentscheidung dem kollektivistischen Arbeitsvertrag jede Geltung nehme, daß schließlich die Rechtsprechung an der Abdingbarkeit festhalte. Die tiefere Ursache liege darin, daß das Gesetz eben nur die Kollektivabrede schützen könne. Weiter als in § 1 der Verordnung, wo alle vom Tarifvertrag

34) Wehrle a. a. O., S. 123.

abweichenden Bestimmungen für unwirksam erklärt werden, konnte der Gesetzgeber nicht gehen, denn den Arbeitnehmer, der unter dem Druck der schlechten Lage des Arbeitsmarktes auf tariflich ihm zustehende Ansprüche verzichtet, kann „auch das stärkste Recht nicht schützen". Wehrle nimmt also unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Lage die Möglichkeit eines Verzichtes.

Während in den ersten Jahren nach Erscheinen der Tarifverordnung die Ansicht in Rechtsprechung und Wissenschaft einstimmig dahin ging, daß derartigen Nachforderungen eines Arbeitnehmers unter keinen Umständen aus den erwähnten Gründen stattgegeben werden dürfe, tauchte in neuerer Zeit eine neue entgegengesetzte Ansicht auf, deren Hauptverfechter Nipperdey ist. Da dieser Standpunkt neuerdings auch viel von den Landgerichten, denen nicht, wie häufig den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, der Vorwurf der einseitigen Parteinahme sowie der mangelnden Objektivität gemacht werden kann, vertreten wird, ist es erforderlich, sich ganz eingehend mit dieser Theorie zu beschäftigen.

Zunächst stellt Nipperdey[35] fest, daß sich für die Lösung eines derartigen Falles bisher keine positive gesetzliche Regelung findet, außer im § 37, 4 Hausarbeitsgesetz, wo für die Geltendmachung solcher Nachforderungen eine Frist gesetzt ist, nach deren Ablauf sie erlöschen. De lege ferenda empfiehlt Nipperdey auch für Fälle, wie sie z. B. durch den vorliegenden verkörpert werden, eine derartige Regelung.

Zur Begründung seiner entgegengesetzten Rechtsauffassung setzt sich Nipperdey eingangs mit dem Sinn und dem Zweck des Unabdingbarkeitsprinzips auseinander. Der zwingende Charakter, mit dem man die Arbeitsnormen des Tarifvertrages ausstattete, soll, so glaubt Nipperdey, es ermöglichen, daß die Arbeitnehmer, ohne dem übermächtigen Arbeitgeber nachgeben zu müssen, Arbeitsverträge abschließen, die für sie annehmbar sind, da ja beide Parteien an die im Tarifvertrag „in Verfolg des sozialen Gedankens und zum Schutz vor Lohndrückern" festgesetzten Mindestbedingungen gebunden sind. Wenn der § 1 der Verordnung nun erklärt, daß vom Tarifvertrag abweichende Arbeitsverträge unwirksam sind, so will er damit den im Tarifvertrag festgesetzten Arbeitsbedingungen auch tatsächliche Geltung verschaffen.

Er will also das Ziel, das die Tarifvertragsparteien bei ihren Vereinbarungen im Auge hatten, nicht durch irgendein Rechts-

---

35) Nipperdey, a. a. O., S. 18 ff, vgl. weiter Wöbling, Gew. u. Kaufm.Ger. 31, S. 271, Baum, Jur.W. 1919, S. 72.

mittel vereiteln lassen. Es wäre doch auch ein Widersinn, wenn es auf der einen Seite verboten ist, die Tarifnormen in rechtlicher Hinsicht abzuändern, auf der anderen Seite aber Rechtsmittel anwenden zu lassen, die eine Abänderung bewirken. Wollte man also z. B. einen Verzicht für gültig erklären, so wäre die logische Folge die, daß die Ziele, die die Arbeitnehmervereinigung sich bei Abschluß des Tarifvertrages gesetzt hatte, nämlich ihren Angehörigen erträgliche Mindestbedingungen zu schaffen, die ihnen eine gesunde Lebensmöglichkeit gestatten und sie vor Lohnunterbietungen schützen sollen, illusorisch würden. Man würde also durch die Anerkennung des Erlasses einen Schleichweg schaffen, der es dem Arbeitgeber ermöglicht, die ihm durch den dem Tarifvertrage entsprechenden Arbeitsvertrag auferlegten Pflichten von sich abzuwälzen. Das könnte er dadurch machen, daß er, womöglich unter Ausnutzung der Kündigungsfurcht des Arbeitnehmers, stillschweigend einen geringeren Gehaltsbetrag auszahlt. Denn vor der Fälligkeit würde ja, wie jeder Arbeitgeber weiß, jede Lohnminderung dem § 1 der Verordnung vom 23. 12. 18 zum Opfer fallen. Diese Verordnung erheische, enthalte sie auch eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, eine Auslegung nach § 133 B.G.B., zumal es sich um eine soziale Schutzvorschrift handele. Sie würde zur Bedeutungslosigkeit verurteilt sein, wollte man den Schleichweg, den ein Verzicht doch darstellt, legalisieren und damit den Erfolg, den § 1 der Verordnung hintanhalten will, herbeiführen. Richtig sei es, daß § 1 dem Buchstaben nach nicht verletzt wird, wenn man einen Verzicht duldet, wohl aber dem Geist und dem Sinne nach.[36] Außer acht lassen will Nipperdey den Fall, in dem tatsächlich der Arbeitnehmer von sich aus auf einen ihm zustehenden Anspruch verzichtet, um dem Arbeitgeber etwas zuzuwenden. Ein solcher Verzicht stellt keine Verletzung dar. Die herrschende Meinung, die eine Verpflichtung zur tatsächlichen Durchführung der tariflichen Arbeitsbedingungen nur bei besonderer Aufnahme in den obligatorischen Teil des Tarifvertrages gelten lassen will, weil sie ja streng unterscheidet zwischen Tarifvertrag und Arbeitsvertrag, glaubt, der Tarifvertrag habe nur die Regelung der Arbeitsverhältnisse, nicht aber ihre Durchführung im Auge; diese sei vielmehr von den Verabredungen abhängig, die in dem Tarifvertrag getroffen werden.

Demgegenüber Nipperdey: „Wenn die fraglichen Erlaßverträge nicht vom Unabdingbarkeitsprinzip getroffen werden, also

---

36) L.G. Königsberg in J.W. 1924, S. 1060.

mit dem normativen Teile des Tarifvertrages in Einklang stehen (wie das die herrschende Meinung annimmt), so liegt normalerweise auch keine Verletzung des obligatorischen Teiles des Tarifvertrages vor. Es geschieht ja nichts „Tarifwidriges".

Wenn nun im Tarifvertrage eine Verpflichtung zur Durchführung nicht enthalten ist, nehmen auch einzelne Vertreter[37] der herrschenden Meinung bei Verletzung der Arbeitsbedingungen unter gewissen Voraussetzungen eine Tarifvertragsverletzung an, besonders wenn durch eine Verletzung bezw. Nichterfüllung das Verbot, tarifwidrige Arbeitsverträge abzuschließen, umgangen wird. Hueck macht dies jedoch von einem regelmäßigen Handeln und genauester Prüfung des Tatbestandes unter „Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte" abhängig. Nipperdey sieht in dieser Ansicht Huecks das Zugeständnis, daß der Verzicht eine Umgehung der Unabdingbarkeit sein kann. Dadurch, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Erlaßvertrag über einen Anspruch aus dem Arbeitsvertrage abschließen, wird „eine für den Arbeitsvertrag maßgebende Norm (die Unabdingbarkeit) umgangen. Folglich ist das Rechtsgeschäft nichtig, da ja Rechtsgeschäfte, die eine Verbotsnorm umgehen, ebenso unzulässig sind wie die unmittelbar verbotenen Rechtsgeschäfte."

In seiner weiteren Beweisführung hält Nipperdey die scharfe Trennung von Arbeitsvertrag und den daraus entstehenden Schuldverhältnissen für absolut unmöglich. Er will vielmehr eine Verwechselung von Vertragsschluß als Entstehungsgrund und dem gesamten Schuldverhältnis vermieden wissen, wobei er als das „Schuldverhältnis" „die Gesamtheit der rechtlichen Einzelbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in deren Mittelpunkt die Einzelforderung und Einzelschuld steht", bezeichnet. Dieses Schuldverhältnis, das als „Organismus" aufzufassen ist, wird nun vom § 241 B.G.B. vorausgesetzt, und nur die hauptsächlichste Folge des Schuldverhältnisses festgestellt.

Infolgedessen kommt man im Gegensatz zur herrschenden Meinung zur Scheidung von Schuld und Schuldverhältnis. Dieses Resultat ist von besonderer Wichtigkeit bei Schuldverhältnissen, „Dauerschuldverhältnisse" nennt sie Nipperdey, die viele Leistungen ganz verschiedener, noch gar nicht fest bestimmter Art, wie gerade auch die Arbeitsvertragsverhältnisse, zum Gegenstande haben. Durch den Abschluß des Arbeitsvertrages wird nun das Dauerschuldverhältnis zur Entstehung gebracht und Nipperdey sieht in

37 Hueck, Tarifvertrag, S. 151.

den verschiedenen Ansprüchen, die ein Arbeitnehmer hat, Glieder dieses „Organismus“ und will infolge des engen Zusammenhanges von Anspruch und Arbeitsverhältnis die Wirkung der Unabdingbarkeit auf den gesamten Organismus erstreckt wissen. Zur Stärkung seiner Beweisführung führt Nipperdey die Schwierigkeit an, die er in dem Fall bei einem Erlaß zu sehen glaubt, wenn es sich um eine Pränumerandozahlung handelt, sowie in der Möglichkeit, einen Verpflichtungsvertrag für künftige Erlaßverträge abzuschließen, da durch eine solche Abrede das Entstehen des Lohnanspruchs nicht gehindert würde. Auch würde, wollte man der herrschenden Meinung folgen, sich der Ausweg finden, daß Arbeitsvertragsparteien, die eine vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung getroffen haben, die Nichtigkeit wieder durch das Angebot sowie die stillschweigende Annahme, d. h. den somit zustande gekommenen Erlaßvertrag heilen.[38],[39],[40] Alle diese Gründe haben Nipperdey veranlaßt, die Unabdingbarkeit unter Ablehnung der Trennung von Arbeitsvertrag und dem daraus entstehenden Schuldverhältnis auf alle Ansprüche zu erstrecken.

Wenn es sich nun aber um eine wiederholte vorbehaltlose Annahme des untertariflichen Gehaltes handelt, will nun Nipperdey dieselben Argumente anwenden, indem er annimmt, daß die Parteien sich denken, daß die gezahlte niedrigere Summe der vereinbarten entspreche und auch für die Zukunft die Lohnregelung genau so erfolgen solle. Darin sieht nun Nipperdey eine „stillschweigende Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft“,[41] die als Abweichung vom Tarifvertrage nach § 1 der Verordnung natürlich unwirksam ist. Auch glaubt er nicht, daß der Arbeitnehmer sich bewußt ist, daß ihm eigentlich ein höheres Gehalt zusteht, er aber auf einen Teil verzichtet und somit dem Arbeitgeber etwas schenkt. Viel mehr spricht für die Annahme, daß der Arbeitnehmer aus den verschiedensten Gründen sich mit der untertariflichen Bezahlung begnügend, diese Lohnregelung nun für die ferner Dauer des Arbeitsvertrages wünscht. Und das stellt nun eine „von den Parteien mit rückwirkender Kraft vorgenommene nachträgliche Aenderung des Arbeitsverhältnisses dar, die unzulässig ist“. Einen Verstoß gegen Treu und Glauben will Nipperdey in der nachträglichen Geltend-

---

38) L.G. Leipzig vom 25. 4. 22 in „Das Schlichtungswesen“, 1922, Nr. 8, S. 168.

39) L.G. Königsberg vom 6. 3. 23 in N.Z. f. A. R., Jg. 4, Heft 11, Sp. 697: „Wenn die ursprüngliche Vereinbarung untertarifmäßigen Gehaltes ungültig ist, so muß es auch der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht bei den Gehaltszahlungen sein, denn dieser ist nur die Bestätigung eines ungültigen Vertrages“.

40) Jacobi a, a. O., S. 223/24.

41) L.G. Königsberg in J.W. 1924, S. 1060.

machung der Differenz nicht sehen,[42] höchstens eine Notwehrhandlung gegenüber der gegen Treu und Glauben verstoßenden Handlungsweise des Arbeitgebers. Schließlich bezweifelt er noch, daß dem Arbeitnehmer immer bekannt ist, worauf er verzichtet. Es fehle also zu einem Erlaßvertrage der nötige Wille. Hier gleicht seine Beweisführung der Hoeniger'schen und auch er sieht in der Fiktion eines stillschweigenden Erlaßvertrages ein „Verlegenheitsaushilfsmittel", das durch die in praxi sicherlich häufig vorkommende Anfechtung aus § 119 B.G.B. wertlos wird.

Der Hoeniger'schen Theorie, die oben ausführlich behandelt worden ist, von der Rechtsverwirkung stimmt Nipperdey in ihrem Grundgedanken zu, möchte sie aber auf alle Fälle vorliegender Art nicht angewendet wissen, weil einerseits eine Berufung auf Treu und Glauben hier abzulehnen sei, andererseits aber auch, wie beim Erlaßvertrage, das Unabdingbarkeitsprinzip arg gefährdet wird. Denn, begnügt sich der Arbeitnehmer mit einem geringeren Gehalt aus Furcht vor Streitigkeiten mit dem Arbeitgeber, so verstößt seine Handlungsweise nicht gegen Treu und Glauben, wenn er später Nachforderungen geltend macht, und nur das Ausschaltenwollen dieses Druckes, der dem Arbeitnehmer jede gesunde Lebensmöglichkeit nehmen mußte, war die Veranlassung der Einführung des Unabdingbarkeitsprinzips.

Diese Ansichten haben die Vertreter der soeben geschilderten Lehren auch für den Fall, daß der Arbeitnehmer ein untertarifliches Gehalt annimmt und auf den Differenzbetrag oder ganz allgemein auf irgendeinen ihm tarifvertragsmäßig zustehenden Anspruch ausdrücklich verzichtet. Auch bei dieser veränderten Sachlage geht die herrschende Meinung davon aus, daß der Arbeitsvertrag selbst nicht tarifwidrig abgeändert wird, wenn der Arbeitnehmer auf den ihm entstandenen Lohnanspruch teilweise verzichtet und vergleicht hiermit die Frage, ob z. B. ein Mietsvertrag abgeändert wird, wenn der Vermieter dem Mieter ein oder mehrere Male gestattet, einen geringeren Mietszins zu zahlen. Außerdem aber zeigt eine Betrachtung des bezüglichen Falles, insbesondere der Schuldverhältnisse, daß es nicht außergewöhnlich ist und durchaus im Sinne unserer Rechtsprechung liegt, wenn der Berechtigte auf die ihm gesetzlich zustehenden Rechte *nach* deren Entstehen verzichtet. (Vgl. § 619 B.G.B.)

42) L.G. Leipzig spricht sich im Urteil vom 25. April 1922 für Unverzichtbarkeit aus, nennt aber das Verhalten des Arbeitgebers gegen Treu und Glauben verstoßend, ja sittenwidrig! Doch müsse diese Sittenwidrigkeit in Kauf genommen werden, weil sonst die Tarifvertragsverordnung wirkungslos sein würde. Außerdem würde dies unbefriedigende Ergebnis gemildert, da der Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers gegenüber des V.O. eine schlimmere Zuwiderhandlung des Arbeitgebers gegenüberstehe.

Vor der Entscheidung der Frage, ob nun der einen oder der anderen Theorie Gefolgschaft geleistet werden soll, mit anderen Worten, dem Arbeitnehmer seine vor Gericht geltend gemachten Ansprüche zugebilligt werden sollen oder nicht, insbesondere auch ob ein Erlaßvertrag mit der Unabdingbarkeit vereinbar ist, ist zunächst einmal ausdrücklich festzustellen, daß auch die Gegner der herrschenden Meinung die juristische Konstruktion des Erlaßvertrages nach § 397 B.G.B. unangetastet lassen. Zu ihrer Ansicht von der Unhaltbarkeit des Versagens solcher Nachforderungen kommen sie erst dadurch, daß sie einerseits der Tarifverordnung vom 23. 12. 1918 einen ganz anderen Sinn geben, und andererseits den Erlaßvertrag deshalb ablehnen, weil sie seine Konsequenzen nicht billigen, schließlich die Frage mehr nach arbeitsrechtlichen als bürgerlich rechtlichen Pinzipien entschieden wissen wollen.

Es ist davon auszugehen, daß man sich zunächst einmal klar vor Augen zu führen hat, welch' ungeheuren Eingriff in die im ganzen übrigen Rechtsleben herrschende Vertragsfreiheit die Tarifvertragsverordnung darstellt. Ungeheuer war der Eingriff nur, weil der Gesetzgeber zu lange an den tatsächlichen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkte vorübergegangen war. Worin diese schwerwiegende Maßnahme ihren Grund hatte, ist eingangs ausführlich dargelegt worden. Um es noch einmal kurz zusammenzufassen: Die Bezahlung der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit soll nicht mehr ausschließlich von Angebot und Nachfrage abhängig sein, sondern sie soll einheitlich festgelegt werden, damit der Arbeitnehmer nicht durch das übergroße Angebot von Arbeitern veranlaßt würde, zu einem Hungerlohne sich zu verdingen, nur um überhaupt angestellt zu werden. Um dieses Ziel zu erreichen, d. h. um den Arbeitern erträgliche Arbeits*bedingungen* zu verschaffen, mußte die Willkür der einzelnen Arbeitgeber ausgeschaltet werden, und das war wiederum nur möglich, indem man die Ansprüche, die die Arbeitgeber den Arbeitnehmern auf Grund von Verhandlungen zwischen den beteiligten Verbänden zusicherten, „unabdingbar" gestaltete, d. h. wie bereits gesagt, jede Abänderung der Ansprüche in den Arbeitsverträgen zu Ungunsten des Arbeitgebers ist unwirksam. Ist nun ein Verzicht auf einen tariflichen Anspruch mit dem Wesen und Zweck der Unabdingbarkeit vereinbar? Wird das, was das neue Reichsinstitut der Unabdingbarkeit erreichen sollte, durch einen Verzicht umgangen, wie es Nipperdey annimmt, und ist infolgedessen der Verzicht nichtig, da er dann ius cogens verletzen würde?

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst einmal festzustellen, daß gemäß § 1 der Tarifvertragsordnung die normativen

Bestimmungen des Tarifvertrages derart Bestandteil des Arbeitsvertrages werden, daß sie seinen Kern bilden und alle abweichenden Vereinbarungen automatisch nichtig machen. Dadurch hat der Gesetzgeber, wie oben bereits besprochen, die Ausschaltung der wirtschaftlichen Uebermacht des Arbeitgebers und seine Gleichstellung mit dem Arbeitnehmer bei dem Abschluß des Arbeitsvertrages erreicht. Dieser Zweck der Unabhängigkeit wird nun aber keineswegs durch einen Verzicht vereitelt. Sicherlich steht sich der Arbeitnehmer, der sich den nicht vollen Lohn auszahlen läßt, wirtschaftlich schlechter als der Arbeitnehmer, der nicht auf einen Teil des ihm tarifvertraglich zustehenden Lohnes verzichtet. Aber es kann auch von den Gegnern des Erlaßvertrages nicht geleugnet werden, daß der Arbeitnehmer sich selbst dazu entschlossen hat, diesen Zustand herbeizuführen. Durch die Unabdingbarkeit soll der einzelne Arbeitsvertrag nur einen ganz bestimmten Inhalt bekommen, er soll überhaupt nur unter den im Tarifvertrag festgelegten Bedingungen abgeschlossen werden, weil die Vertragsparteien sich beim Abschluß des Arbeitsvertrages sonst zu ungleich gegenüber stehen. Aus diesem Wunsche heraus werden auch die tarifwidrigen Bestimmungen für nichtig erklärt. Weder die Verordnung vom 23. 12. 1918, noch ihre Geschichte veranlassen aber nun, womöglich den Arbeitnehmer zu zwingen, den ihm zustehenden Lohn anzunehmen, oder gar ihn nach bestimmten Voraussetzungen zu verwenden. Auf Grund der Unabdingbarkeit erwachsen dem Arbeitnehmer wohl Ansprüche sie aber geltend zu machen bleibt ihm überlassen! Daher ist der Verzicht auch nicht als Schleichweg anzusehen, der „rechtlich ein Handeln in fraudem legis“ darstellt, wie es Nipperdey annimmt. Denn die Arbeitsvertragsparteien verletzten durch den von ihnen getätigten Erlaßvertrag kein Gesetz, der Arbeitnehmer verfügt vielmehr selbständig über den ihm erwachsenen Anspruch und darin will ihn die Unabdingbarkeit nicht behindern. Wie bei der Darlegung der Ansicht der Verfechter des Erlaßvertrages bereits ausgeführt, sollen die Parteien nur beim Abschluß des Arbeitsvertrages an bestimmte Bedingungen gebunden sein, nicht aber bei der Verwertung der ihnen erwachsenen Rechte. Es muß vielmehr scharf zwischen dem Schuldverhältnis und den einzelnen aus dem Arbeitsvertrag entspringenden Rechten geschieden werden. Nur dadurch, daß der Arbeitnehmer verzichtet, tritt praktisch allerdings das ein, was Nipperdey im Anfang seiner Ausführungen betont, daß obwohl § 1 der Tarifvertragsverordnung alle rechtlichen Garantien gibt, das endgültige und letzte Ziel, das durch die Einführung der Unabdingbarkeit erreicht werden sollte, nämlich die

wirkliche, wirtschaftliche Besserstellung der Arbeitsnehmer nicht erreicht wird. Außerdem muß man sich stets vergegenwärtigen, daß eine Ausnahmevorschrift von solcher Tragweite, wie sie der § 1 der Verordnung doch darstellt, nach der herrschenden Rechtsprechung[43] niemals ausdehnend ausgelegt werden darf.

Es käme dann in unserer Zeit der wirtschaflichen Not, wo die Lebensfähigkeit vieler Betriebe durch die allzu hohen Kosten infragegestellt ist, dazu, daß der Zustand, den man auf der Seite des Arbeitnehmers beseitigen wollte, daß nämlich zu einem Hungerlohne gearbeitet wurde, wieder dadurch eintreten würde, daß der Arbeitgeber infolge der tariflich zu zahlenden hohen Löhne seine Produktion nicht den Weltmarktpreisen anpassen könnte, und schließlich infolge des fehlenden Absatzes und der dadurch hervorgerufenen Verluste gezwungen wäre, eine Schließung seines Betriebes vorzunehmen. Wenn nun gesagt wird, daß derartige Erwägungen dem modernen Arbeitsrecht zuwiderlaufen und als Vergleich hierfür angeführt wird,[44] daß kein Unternehmer, dem die Mittel fehlen, Rohstoffe, Maschinen und dergl. zu den üblichen angemessenen Preisen einzukaufen, verlangen könnte, sie unter diesem Preise zu bekommen, so erscheint dieser Vergleich abwegig, da außer acht gelassen wird, daß wohl bei der Beschaffung von Rohstoffen oder sonstigen Produktionsmitteln das freie wirtschaftliche Gesetz von Angebot und Nachfrage gilt, nicht aber mehr bei der Festsetzung des Arbeitslohnes. Aus derartigen Erwägungen heraus, insbesondere auch weil es unangebracht erscheint, ein derartig starres System durchzuführen,[45] ist der Ansicht beizutreten, die das Unabdingbarkeitsprinzip nur auf das Entstehen der vereinbarten Ansprüche, nicht aber auf die tatsächliche Durchführung erstreckt wissen will. Diese Auslegung des Gesetzes haftet keineswegs nur an dem Buchstaben des Gesetzes, sondern ergibt sich auch unter Anwendung des § 133 B.G.B. Nur liegt der Unterschied in der Auffassung über den Sinn und Zweck des Gesetzes und der Unabdingbarkeit, die nur das Entstehen der Ansprüche, nicht aber ihre Durchführung sichern will.

Zur Verwirklichung der Ansprüche ist es ja auch möglich, entsprechende Bestimmungen in den obligatorischen Teil des Tarifvertrages aufzunehmen. Wie z. B. die Parteien bestimmte Abreden im Falle eines Verstoßes gegen die Friedenspflicht treffen können, sind auch Vereinbarungen möglich, die für den Fall, daß die

43) R.G. 108, S. 162.
44) L.G. Leipzig 25. 4. 22.
45) Vgl. auch den Gesetzentwurf des neuen „Arbeitszeitgesetzes", das auch die Eigenart des einzelnen Betriebes berücksichtigen will.

genaue Prüfung der Sachlage ergibt, daß sich der Arbeitgeber durch seine Handlungsweise von den ihm durch den Tarifvertrag auferlegten Pflichten grundlos freimachen wollte, Strafen für die Betreffenden festsetzen. Schließlich sehen ja auch noch die arbeitsrechtlichen Gesetze (Betriebsrätegesetz, Schwerbeschädigtengesetz) die verschiedensten Instanzen vor, an die sich ein Arbeitnehmer wenden kann, wenn ihm auf die Geltendmachung des ihm zustehenden Anspruchs hin statt dessen Verwirklichung mit einer Kündigung geantwortet wird. Außerdem kann, wenn der untertariflichen Lohn zahlende Arbeitgeber Tarifvertragspartei ist, die Gegenpartei ihn auf Unterlassung dieser Tarifvertragsmöglichkeit verklagen, oder besser gesagt, daß er in Zukunft die im Tarifvertrag festgesetzten Normen innehält. Unmöglich wäre aber eine solche Klage, wenn sie auf Nachzahlung seitens des Arbeitnehmers erlassenen Mehrbetrages gerichtet ist. Das Recht der Tarifvertragspartei, hier der Gewerkschaften geht eben nicht so weit, daß der Arbeitgeber gezwungen werden kann, etwas zu leisten, worauf der Arbeitnehmer bereits verzichtet hat. Wird aber der Arbeitgeber verurteilt in Zukunft keine untertariflichen Löhne mehr zu zahlen, so ist gegen ihn eine Vollstreckung nach § 890 Z.P.O. möglich, indem für jeden Fall der Verletzung der Tarifvertragsbestimmungen die im Urteil angedrohten Geldstrafen verhängt werden. Schließlich verbleibt der Arnehmerpartei noch die Möglichkeit, solange ein Angehöriger der Arbeitgeberpartei gegen den Tarifvertrag verstößt, gemäß § 320 B.G.B. die Erfüllung der ihr aus dem Tarifvertrag obliegenden Verpflichtungen zu verweigern, oder, wenn sie ein Interesse daran hat, nach Fristsetzung vom Tarifvertrag zurückzutreten, oder auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages nach § 326 zu verlangen, sofern, was wohl sehr selten eintreten wird, ihr aus der Aufhebung des Vertrages ein Schaden entsteht. In dem viel häufiger vorkommenden Fall, daß der Arbeitgeber nur Mitglied des Arbeitgeberverbandes und als solcher „tarifbeteiligt" ist, hat die Arbeitnehmerorganisation bei Zahlung untertariflichen Lohnes seitens dieses Arbeitgebers nur die Möglichkeit, zu verlangen, daß die Gegenpartei ihr Mitglied durch irgendwelche Mittel bestimmt, seinen tariflichen Verpflichtungen nachzukommen. Lehnt der Verband aber einen solchen Anspruch ab, so bleiben der Arbeitnehmerorganisation schließlich nur noch die bereits erwähnten Möglichkeiten gemäß §§ 320 und 326 B.G.B.[46] Allerdings darf bei allen diesen Möglichkeiten nicht verkannt werden, daß eine derartige Sicherung der

46) L.G. Stettin 2. 6. 1926 in Schl.W. 1926, S. 173.

Durchführung der tarifvertraglichen Bestimmungen nur sehr unvollkommen ist.

Da ja aber auch, wie bereits gesagt, die Gegner der herrschenden Ansicht die rechtliche Fassung eines Erlaßvertrages gemäß § 327 B.G.B. gelten lassen, ist nur im Hinblick auf den in der Praxis am meisten vorkommenden Fall der stillschweigenden Annahme untertariflichen Lohnes oder, allgemein gesprochen, des Verzichts auf einen unabdingbaren Anspruch noch auf die Einwendungen Nipperdey's einzugehen.

Wenn man annimmt, daß der Arbeitnehmer wie auch sonst auf jeden anderen höheren Anspruch, z. B. eine längere Urlaubszeit, so auch insbesondere auf den aus dem für seinen Betrieb geltenden Tarifvertrage entstehenden höheren Gehaltsanspruch verzichten kann, so ist in diesem Verzicht keine Bestätigung eines ungültigen Vertrages zu sehen. Bei jeder weiteren Gehaltszahlung kann der Arbeitnehmer ja ohne weiteres wieder das ihm tarifrechtlich zustehende Gehalt verlangen. Es ist aber auch unrichtig, in diesem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zustande gekommenen Erlaßvertrages eine in die Zukunft gerichtete neue Vereinbarung zu sehen, nach der der Arbeitnehmer wiederum nur geringer entlohnt werden solle. Wenn Nipperdey nun sagt, die Konstruktion des Erlaßvertrages sei gekünstelt, so gilt das in erhöhtem Maße, wenn man eine solche Vereinbarung nach dem beiderseitigen Willen der Parteien stillschweigend entstehen ließe. Die Sachlage ist vielmehr die: Entweder sind sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gar nicht darüber klar, daß die untertarifmäßige Gehaltsvereinbarung nichtig ist, dann denken sie auch nicht daran, nun bei jeder neuen Gehaltszahlung eine neue Vereinbarung zu treffen. Oder sie wissen, daß eine solche Vereinbarung nichtig ist, glauben aber an die Wirksamkeit eines Erlasses, dann haben sie gar nicht die Absicht, für die Zukunft wieder eine, doch nur unwirksame Vereinbarung zu treffen. Der Gedankengang des Arbeitgebers wird der sein, abzuwarten, ob sein Angestellter bei der nächsten Gehaltszahlung auf den ihm tariflich zustehenden höheren Anspruch verzichten wird. Der Arbeitnehmer seinerseits wird erst recht die nächste Löhnung in dem ruhigen Bewußtsein abwarten, daß er es in der Hand hat, ob er auch das nächste Mal auf den höheren Gehaltsanspruch im Wege eines Erlaßvertrages verzichten will oder nicht. Der Erlaß der tarifmäßigen Bezahlung am jeweiligen Zahlungstage stellt auch keine, wie Nipperdey sagt, Umgehung des Gesetzes dar. Die Tarifvertragsverordnung ist eben als Schutzvorschrift für den Arbeitnehmer nur für die Zeit des Vertragsschlusses aus oben erwähnten

Gründen anzusehen. Sonach muß den Beteiligten bezüglich eines Verzichtes auf entstehende Ansprüche aus dem Tarifvertrage völlige Freiheit zugebilligt werden.

Auf alle Fälle aber verstößt es gegen die guten Sitten und jeden Rest von Treu und Glauben, wenn ein Gesetz die Handhabe dazu bieten soll, daß der Arbeitnehmer längere Zeit hindurch aus irgendwelchen Gründen das untertarifmäßige Gehalt regelmäßig ohne jeden Vorbehalt, ohne jeden Widerspruch und unter Verzicht auf den höheren, ihm zustehenden Gehaltsanspruch annimmt und dann, womöglich erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einmal alle diese alten Ansprüche als angeblich unabdingbar geltend macht. Abzulehnen ist aber die oben wiedergegebene, insbesondere vom Landgericht Leipzig vertretene Ansicht, daß der Erlaßvertrag schon deshalb nichtig ist, weil der Arbeitgeber mit der Erlaßofferte gegen die guten Sitten verstößt. Nach § 113 B.G.B. ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt, d. h. daß es nicht genügt, wenn der e i n e Vertragsteil sich von sittenwidrigen Motiven leiten läßt.[47] Aus diesem Grunde kann also, wollte man gegen die guten Sitten verstoßende Beweggründe bei dem Arbeitgeber tatsächlich allgemein als vorliegend annehmen, der Erlaßvertrag keinesfalls nichtig sein. Wenn man ein Verhalten, wie es das Nachfordern von Lohn nach längerem Stillschweigen darstellt, durch die Arbeitslosigkeit zu rechtfertigen sucht, in die der Arbeitnehmer vielleicht geraten ist, so läßt man damit in ganz einseitiger, unbilliger und durch nichts gerechtfertigter Weise den Arbeitgeber allein das aus Wirtschaftskrisen entstehende Risiko tragen. Ein einsichtiger Arbeitnehmer wird bei verständiger Würdigung der Sachlage nie und nimmer ein solches Verhalten billigen können. Demgemäß ist also ein Anspruch auf Nachzahlung der Differenz bis zu dem tariflichen Lohn, wie auch auf Wiedereinstellung nach angenommener früherer Kündigung als unbegründet abzuweisen, allerdings unter der mehrfach hervorgehobenen Voraussetzung, daß der Arbeitnehmer auch tatsächlich die Höhe des ihm zustehenden Lohnes bezw. das Bestehen seiner Rechte gekannt hat. Behauptet er, davon nichts gewußt zu haben, so ist ihm, wenn es ihm gelingt, den Beweis dafür zu erbringen, selbstverständlich ein Anfechtungsrecht des Erlaßvertrages aus § 119 B.G.B., zu geben und dem Anspruch auf Nachzahlung der Differenz stattzugeben. Anders ist aber zu entscheiden, wenn der Arbeitnehmer nur einmal sich mit geringerem Gehalt stillschweigend begnügt hat, um

---

47) R.G. Zivilsachen 63, 346.
48) a. a. O. S. 90 ff.

beim nächsten Male nicht nur Bezahlung des vollen Lohnes, sondern auch Nachzahlung des Differenzbetrages verlangt. Hier kann man wohl annehmen, daß der Arbeitnehmer überhaupt nicht auf irgend ein Recht verzichten wollte.

Mit ganz anderer Begründung als Nipperdey lehnt Rosenstock[48] die Möglichkeit eines Verzichtes auf tarifliche Ansprüche ab. Er führt insbesondere in seinem „Industrierecht" aus, daß der Arbeitnehmer schon deshalb nicht auf Rechte. die ihm der Tarifvertrag gewährt hat, verzichten kann, weil er insoweit keine selbständige Rechtspersönlichkeit sei. Die Verfügung über derartige Rechte liege nur in der Hand der Gewerkschaften. Dem Staat gegenüber trete der Arbeitnehmer nicht als Einzelpersönlichkeit auf. Der Staat spreche auch nicht zu dem Arbeitnehmer namentlich, sondern spreche ihn nur als Glied der Gewerkschaft an. Die Gewerkschaft habe aber keine Rechtspersönlichkeit und erstrebe sie auch nicht. Sie handele nicht im eigenen Namen, sondern schütze ihre Mitglieder nur davor, auf andere Weise namentlich angeredet zu werden. Durch die Organisation der Gewerkschaften würde die ohnmächtige Person, die vermögenslose Kraft des Menschen geschützt. Der wirtschaftlich ohnmächtige Arbeitnehmer sei gewissermaßen nicht Person im Sinne des Arbeitsrechts. Er sei eine Art Mittelding zwischen dem Subjekt von Rechten und dem Objekt der Gesetzgebung. Der Arbeitnehmer sei nur als Arbeitskraft zu werten, die unaufhaltsam wirken müsse.

Obwohl Rosenstock die Rechtspersönlichkeit des Arbeitnehmers verneint und im wesentlichen die Gewerkschaft an seine Stelle setzt, gibt er doch zu, daß die Gewerkschaft garnicht im Namen der Arbeiter kontrahieren solle und wolle. Dieses wolle vielmehr jeder Arbeiter für sich selbst. Die Gewerkschaft solle nur nach Art des Vormundschaftsgerichts, das den Vormund unterstützt und berät, die Bedingungen setzen. Der Arbeitnehmer sei gewissermaßen der Vormund seiner Arbeitskraft. Rosenstock lehnt also die Möglichkeit eines Verzichtes durch den Arbeitnehmer deshalb ab, weil dieser garnicht über die von der Gewerkschaft erstrittenen Rechte verfügen könne.

Dies geht aber m. E. zu weit. Ich gebe gerne zu, daß im Arbeitsrecht andere Grundsätze und Maßstäbe anzuwenden sind, als im bürgerlichen oder auch im öffentlichen Recht. Im Wesentlichen aber ist doch das Arbeitsrecht aus dem Gesichtswinkel des Zivilrechtes zu betrachten. Die grundlegenden Sätze des Zivilrechtes können nicht ohne weiteres abgetan werden und aus rein arbeitsrechtlichen Gedanken Entscheidungen gefällt werden, die in der

Hauptsache unter Berücksichtigung lediglich der Rechte der Arbeitnehmer ergehen.

Rosenstock gibt selbst zu, daß der Arbeitsvertrag von dem Arbeitnehmer selbst geschlossen wird. Auch der vermögenslose Mensch, der Geistesschwache und der Minderjährige, sind durchaus Rechtspersönlichkeiten. Sie können Verträge schließen, klagen und verklagt werden. Nur ist häufig zur Wirksamkeit derartiger Rechtshandlungen die Genehmigung eines Dritten oder z. B. des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Die Gewerkschaft ist dazu da, für ihre Angehörigen günstige Tarifverträge zu erstreiten. Sie ist nicht in der Lage, zu verhindern, daß der Arbeitnehmer auf einzelne seiner Rechte, die ihm der auf Grund des Tarifvertrages abgeschlossene Arbeitsvertrag gibt, verzichtet. Auch der Richter ist ja nicht in der Lage, mehr zu gewähren als gefordert wird (Ne eat iudex ultra petita partium!). Die Gewerkschaft hat mit dem Aufstellen des Tarifvertrages ihre Aufgabe erfüllt. Dem Arbeitnehmer liegt es ob, als selbständige Rechtspersönlichkeit in praktischer Durchführung des Tarifvertrages einen auf diesem basierenden Arbeitsvertrag zu schließen. Hat er diesen geschlossen und verzichtet er dann auf eines der Rechte, die er sich durch seinen Vertrag erworben hat, so ist dies seine Sache. Das erworbene Recht ist Bestandteil seines Vermögens, über das nur er, aber auch rechtswirksam, verzichten kann. So lange dieses Recht noch nicht erworben ist, also z. B. zukünftiger Lohn, mag eine Verfügung hierüber als dem Inhalte des Arbeitsvertrages und den Normen des Tarifvertrages widersprechend nicht möglich sein. Bereits verdienter Lohn aber ist eine Ware, die völlig abstrakt ist und nicht in Abhängigkeit von tarifvertraglichen Bestimmungen steht. Hierüber, wie über jeden anderen Vermögensstand, der ihm gehört, kann der Arbeitnehmer nach Maßgabe der zivilrechtlichen Bestimmungen verfügen.

De lege ferenda erscheint es angebracht, nicht etwa die dem Arbeitnehmer erwachsenden Ansprüche unverzichtbar zu gestalten, sondern vielmehr dem gegen den Tarifvertrag verstoßenden Arbeitgeber gesetzliche Bußen, die irgendeiner Wohlfahrtsorganisation zugute kommen könnten, aufzuerlegen. Befolgt man aber trotzdem die Einführung der Unverzichtbarkeit, dann müßte auch gesetzlich ein Mittel geschaffen werden, das dem einzelnen Arbeitgeber es ermöglicht, bei finanzieller Notlage oder Wirtschaftskrisen untertariflichen Lohn zu bezahlen. Die Tarifverträge dürften nicht mehr derartig unnachgiebig sein, wie bisher, sie müßten vielmehr den Schwankungen der Wirtschaft Rechnung tragen können. Dies

könnte durch Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den einzelnen Tarifvertrag ermöglicht werden, wobei es allerdings wünschenswert wäre, daß, genau so wie die Tarifverträge nach der Verordnung vom 23. 12. 18 einen bestimmten Inhalt haben müssen, sie auch nach gesetzlicher Vorschrift eine derartige Klausel vorsehen. Von ähnlichen Erwägungen sind auch die Tarifvertragsparteien des Reichstarifvertrages für die Angestellten der privaten Versicherungsunternehmen vom 16. 1. 26 ausgegangen, die im § 13 des Vertrages grundsätzlich jede Abweichung zu Ungunsten des Angestellten für unzulässig erklären, jedoch bei verminderter Arbeitsfähigkeit von Angestellten auf der einen Seite oder wirtschaftlicher Bedrängnis der Arbeitgeber auf der anderen Seite Abweichungen vom Tarifvertage hinsichtlich der Bezahlung zulassen. Bei einer Abweichung zu Ungunsten eines einzelnen Arbeitnehmers ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Betriebsvertretung unter Benachrichtigung der beiderseitigen Verbände möglich, jedoch von der Genehmigung der Verbände abhängig. Bei einer Abweichung für die gesamte Belegschaft ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und der gesetzlichen Angestelltenvertretung erforderlich, jedoch auch hier wieder von der Genehmigung der Verbände abhängig. Beim Nichtzustandekommen einer Einigung ist der Streitfall vor die Reichsschiedsstelle zu bringen. Erst ein solches Sicherungsmittel gibt die Gewähr, daß die Unabdingbarkeit nicht zu einem die Lebensfähigkeit eines ganzen Betriebes in Frage stellenden Druckmittel wird, wie es möglich ist, wenn man die Verordnung vom 23. 12. 18 so auslegt, daß die Unabdingbarkeit sich auch auf die Durchführung, nicht nur auf das Entstehen der Ansprüche bezieht. Auf alle Fälle aber ist der heutige Zustand unhaltbar, da auch bei Annahme der Möglichkeit eines Erlaßvertrages dieser in vielen Fällen wegen Irrtums, Drohung oder als gegen die guten Sitten verstoßend anfechtbar und nichtig ist, infolgedessen doch im Endergebnis wieder praktisch der Erfolg Eintritt, den die Verfechter des Erlaßvertrages verhindern wollen.

Lebenslauf.

Ich, Walter Seelig, wurde als Sohn des Frauenarztes Dr. med. Alfred Seelig und seiner Ehefrau Edith, geb. Karo, zu Berlin-Charlottenburg am 12. November 1904 geboren. Im Oktober 1910 wurde ich im Mommsen-Gymnasium der Stadt Charlottenburg eingeschult. Im Februar 1923 bestand ich auf dem Wilhelms-Gymnasium zu Eberswalde das Abiturientenexamen. Alsdann ging ich, um die Rechtswissenschaften zu studieren, zunächst auf vier Semester nach Freiburg im Breisgau, dann nach Breslau auf die Schlesische Friedrich-Wilhelms-Universität. Hier bereitete ich mich auf das Referendar-Examen vor, das ich mit der Prüfung am 11./12. März 1927 bestand. Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienst im Bezirk des preußischen Kammergerichts am Landgericht I zu Berlin.

Berichtigungen während des Druckes.

1. Im Literaturverzeichnis, Seite VII, muß es heißen: Blätter für Arbeitsrecht, ständige Beilage zur Deutschen Arbeitgeberzeitung, 1. Jahrgang, **Berlin 1922.**
2. Im Literaturverzeichnis, Seite VII, unten, muß es heißen: **Flatow**, Gerstel, **Hueck**, Nipperdey . . .
3. Im Literaturverzeichnis fällt v. Gierke auf Seite VIII ganz weg.
4. Die Anmerkung 48 auf Seite 31 gehört erst auf Seite 32.